REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO *Universidad Francisco Marroquín*

AÑO VI - N º 13
Segunda época

UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUIN
REVISTAS
GUATEMALA, C. A.

Portada: Vista parcial de la 'Biblioteca Ludwig von Mises' de la Universidad Francisco Marroquín.
Fotógrafo: Gaylord Chambers

UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUIN
REVISTAS
GUATEMALA, C. A.

Digitized by the Internet Archive
in 2012 with funding from
Universidad Francisco Marroquín

http://archive.org/details/revistadelafacu13univgua

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO *Universidad Francisco Marroquín*

AÑO VI - N º 13
Segunda época

La misión de la *Universidad Francisco Marroquín*
es la enseñanza y difusión de los principios
éticos, jurídicos y económicos de una sociedad
de personas libres y responsables

CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD

Fernando Monterroso
Rector

Giancarlo Ibargüen
Secretario

Luis Enrique González Hertzsch
Tesorero

Vocales
Conrado Losen
Max Holzheu
Jorge Molina-Sinibaldi
William Olyslager V.
Ramón Parellada Cuadrado

CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Eduardo Mayora Alvarado
Decano

Gerardo Prado-Ayau
Secretario

Oscar Arroyo Arzú
Representante docente

Jorge Mario Búcaro Knoke
Representante estudiantil

DIRECTORIO DE LA REVISTA

Jary Méndez Maddaleno
Directora

Subdirectores
Luis Pedro Alvarez
Gloria Rodríguez

Evaluación y revisión de contenido
Gustavo Alexander Licardié (*Coordinador*), Gerardo Anleu, Mariana Gabriela Barillas, Ana Amalia Barrios, Eva Cacacho, Carolina Donis, Roberto García, Carlos Alberto González, Silvia Iriarte Lastreto, Maryrene Jonama, Ana María Ortiz, Lucrecia Palomo, Roberto Toriello, Andrés Wyld

Distribución y promoción
Michael Daniels (*Coordinador*), Alejandro Barreda, Marjorie Bouscayrol, Ana Cristina Garita, Vivian Cruz, José Enrique Pensabene

Fotografía
Luis René Pellecer

Copyright ©1996 Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala

Contenido

Editorial

Ley del mercado de valores y mercancías 7

Derecho

Ley del mercado de valores y mercancías: Nuevas perspectivas para el desarrollo del mercado *(Enrique Crespo)* 11

La autonomía de la voluntad y el régimen de las garantías reales *(José Luis González D., Ricardo Aguirre Murga y Eduardo Mayora Alvarado)* 14

Cláusulas contractuales de crédito *(José E. Quiñones León)* 22

El descuento de créditos en libros, después de la reforma del código de comercio *(Eduardo Mayora Alvarado)* 28

El poder represivo del estado: ¿se justifica la existencia del Derecho penal? *(Ricardo Manuel Rojas)* 31

El resarcimiento del daño moral dentro de la legislación guatemalteca *(Olga María Pivaral Alejos)* 50

Is There Still Moral Responsibility in the Law? *(Michael Krauss)* 62

Estudio dogmático de la cesura del juicio penal del proceso penal guatemalteco *(Brenda Anabella Quiñones Donis)* 69

Economía y Derecho

Democracia, estado de derecho y estado benefactor *(José Luis González Dubón)* 77

La mengua de la vida ética por la intervención corruptora del estado en el mercado *(Armando De La Torre)* 94

¿Cómo regular la violencia en el fútbol? *(Enrique Ghersi)* 98

Filosofía

El imperativo ideológico *(Juan Carlos Castillo Chacón)* 109

La palabra y la libertad *(Luis Alfonso Robles V).* 114

Política

El tráfico de influencias *(Mario Fuentes Destarac)* 119

Sección estudiantil

La nueva Ley del mercado de valores y mercancías y los títulos de crédito innominados *(Octavio René Galindo Ruiz)* 125

Constitucionalidad o inconstitucionalidad de la pena de muerte por secuestros *(Alejandro Barreda García)* 132

La importancia de la objetividad del Derecho para Hans Kelsen *(Luis Pedro Alvarez Morales)* 135

¿Cómo el juez o autoridad competente debiera conducirse en vista de una norma que lo remite a una apreciación moral? *(Carolina María Diab Jasser)* 137

De la libertad sindical *(Jary Méndez Maddaleno)* 139

Sección legislativa

Decreto Número 34-96: Ley del Mercado de Valores y Mercancías 145

Indice 169

Editorial

Ley del mercado de valores y mercancías[1]

El 23 de diciembre de este año entrará en vigor la *Ley del mercado de valores y mercancías.* De esta forma, Guatemala se convertirá en el tercer país centroamericano en contar con una ley de esta naturaleza. La misma forma parte del programa de modernización financiera que incluyó reformas a las más importantes leyes de esta materia, entre ellas, la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, la Ley de Bancos, la Ley de Sociedades Financieras, el Código Civil y el Código de Comercio, así como la promulgación de nuevas disposiciones como la Ley sobre la Libre Contratación de Intereses. La *Ley del mercado de valores y mercancías* junto con la Ley de Desconcentración de Divisas constituían la última parte del programa, de tal forma que su trámite de aprobación en el Congreso fue substanciada prácticamente en forma simultánea. En la actualidad, únicamente resta la aprobación de la ley que permite la libre tenencia y disposición de divisas, misma que se ha retraído por motivos no necesariamente jurídicos ni económicos.

Volviendo a la *Ley del mercado de valores y mercancías*, su importancia radica en tres aspectos fundamentales:

1° En gran medida, constituye un buen ejemplo de lo que tantas veces se ha mencionado en los salones de clase: el Derecho debe ser fruto de la evolución y no de un ejercicio puramente racional. En el presente caso, el mercado bursátil como especie y el mercado de valores como género, comenzaron su desarrollo en Guatemala antes de que existiera una ley que los regulara. Basta con recordar que así se constituyó la primera Bolsa de Valores en nuestro país;

2° Congruente con lo anterior, la nueva ley regula una serie de figuras que en algunos casos el mercado ya estaba utilizando y que en otros, permite su implementación por vez primera. En todo caso, se logra dotar a estas figuras de la certeza que únicamente el Derecho puede dar al reconocer y regular situaciones prácticas;

3° Esta certeza logra transmitir confianza al público para que se decida a actuar en el mercado de valores mediante la implementación de nuevas

1 Milton Estuardo Argueta Pinto, Director del Area de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín.

figuras, al contar con un marco legal de referencia al cual podrá remitirse en un momento dado;

Herederos de una tradición que hace que la mayoría de veces prevalezca el criterio de que únicamente puede hacerse aquello que la ley permite, ahora existe la posibilidad de lograr un mayor desarrollo del mercado de valores, pues ya no hay ningún vacío legal que pueda esgrimirse como obstáculo.

¿Qué exige la riqueza de parte de la ley para producirse y crearse? Lo que Diógenes exigía de Alejandro; que no le haga sombra.

Juan Bautista Alberdi

Derecho

ENRIQUE CRESPO[1]

Ley del mercado de valores y mercancías: Nuevas perspectivas para el desarrollo del mercado[2]

Sumario

1 Antecedentes
2 Objeto
3 Valores
4 Autorregulación
5 Oferta pública
6 Nuevas figuras
7 Disposiciones transitorias y vigencia

En fecha reciente, el Congreso de la República aprobó la *Ley del mercado de valores y mercancías*, Decreto Número 34-96. Esta ley brinda el marco jurídico para el mercado de valores, sus protagonistas y actividades que hasta antes de su vigencia, se enmarcaban dentro del derecho comercial común y sobre una plataforma contractual privada.

1 Antecedentes

La *Ley del mercado de valores y mercancías* es el fruto de un esfuerzo que se originó hace varios años, y tomó forma hace aproximadamente cuatro, cuando se formó una comisión multisectorial que fue la encargada del análisis, discusión y redacción del anteproyecto de ley. Esta comisión estuvo formada por representantes del Banco de Guatemala, del Ministerio de Economía y de las Bolsas autorizadas para operar en el país. Luego de una amplia discusión y deliberación sobre el contenido del anteproyecto, se logró el consenso dentro de la comisión redactora, y el anteproyecto obtuvo el visto bueno de las distintas instancias en la administración pública, hasta convertirse en una iniciativa de ley proveniente del Organismo Ejecutivo, que fue presentada al Congreso de la República hacia el final dc la anterior Legislatura. Es hasta 1994 cuando la iniciativa de ley es conocida y aprobada por el pleno del Congreso y sancionada y promulgada por el Presidente de la República. La Ley fue publicada en el Diario Oficial el 24 de junio de 1996.

2 Objeto

De acuerdo con lo establecido en su primer artículo la Ley tiene como objeto establecer el marco jurídico para el mercado de valores bursátil y extrabursátil, para la oferta pública de valores, mercancías y contratos, para las personas que en dichos mercados actúan y para la calificación de valores. La Ley, de esa manera, establece normas que tienen como objetivo principal contribuir con la transparencia y el desarrollo dc un mercado de valores organizado.

3 Valores

El artículo 2 dc la Ley establece las definiciones para valores, mercancías, contratos y calificación de riesgo.

1 Catedrático de Derecho Bursátil de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín
2 Véase también en la sección estudiantil el artículo de Octavio René Galindo Ruiz 'La nueva *Ley del mercado de valores y mercancías* y los títulos de crédito innominados'

Constituye un avance notable en la materia la definición de valores, ya que nuestra legislación comercial ordinaria no la contemplaba. Es menester hacer algunas consideraciones importantes sobre el término.

El concepto de valores establecido en la Ley se aparta ya de la teoría tradicional de los títulos de crédito, haciendo a estos últimos una especie del género, puesto que valores pueden ser *'todos aquellos documentos, títulos o certificados, acciones, títulos de créditos típicos o atípicos, que incorporen o representen, según sea el caso, derechos de propiedad, de crédito o de participación'*.

Esta definición permite entonces la atipicidad de títulos de crédito, y de paso elimina la controversia que dicho tema causaba a raíz de la vaguedad con que estaba regulado en el Código de Comercio. En la práctica, esto significa que los potenciales emisores de valores podrán ahora, utilizando su imaginación, crear nuevas figuras que puedan reconocerse como valores al amparo de la ley y que no necesariamente deban estar tipificadas en la legislación del país.

La definición de valores supone también un notable avance en relación al tema de la desmaterialización, puesto que establece que los valores pueden incorporar o *representar* derechos de propiedad, de crédito o de participación. Así, apartándose del viejo elemento de la incorporación del derecho al documento, podrán emitirse valores desmaterializados, que no incorporen derechos, sino solamente los representen con lo cual para el ejercicio de los mismos no será tan relevante el documento como en el caso de los valores con derechos incorporados.

4 Autorregulación

La ley concede un amplio margen de autorregulación al mercado de valores. En el caso del mercado bursátil, le otorga legitimidad jurídica a las regulaciones, normativas y reglamentarias que las Bolsas de Comercio autorizadas para operar en el país mantengan vigentes, siendo las propias Bolsas las encargadas de vigilar y fiscalizar el mercado. Esta labor de fiscalización y vigilancia la realiza, en el mercado extrabursátil, el Registro del Mercado de Valores y Mercancías.

El Registro se define en la ley como un órgano del Ministerio de Economía, con carácter estrictamente técnico, cuyo objeto es el control de la juridicidad y registro de los actos que realicen y contratos que celebren las personas que intervienen en los distintos mercados a los que la ley otorga el marco jurídico. Es el Registro, entonces, un ente contralor de la legalidad del mercado, con facultades regladas y de naturaleza eminentemente técnica y registral.

5 Oferta pública

La adecuada regulación de la oferta pública es uno de los elementos esenciales e indispensables para el desarrollo del Mercado de Valores en cualquier país. La ley establece los términos y condiciones en que puede realizarse oferta pública en bolsa y fuera de ella, sujetando la oferta pública bursátil a las disposiciones que sobre la materia tengan vigentes las Bolsas de Comercio autorizadas. En el caso de la oferta pública extrabursátil será el Registro el encargado de reglamentar las condiciones en que la misma deba realizarse. En ambos casos, una vez cumplidos los requisitos respectivos por parte del potencial emisor de valores, la oferta pública deberá inscribirse en el Registro para que los valores puedan emitirse, cotizarse y negociarse en el mercado correspondiente.

La vigencia de la inscripción de oferta pública de valores estará sujeta a que el emisor cumpla con actualizar la información que establezcan las disposiciones normativas correspondientes de las Bolsas o del Registro, en su caso, y en cualquiera de ellos, el emisor debe remitir, en los términos establecidos en la ley, los documentos referidos en el artículo cuarenta. En caso contrario, el Registro deberá suspender la inscripción de la oferta publica de valores de que se trate y esa suspensión traerá, entre otras consecuencias, las de impedir la negociación de los valores respectivos, y el derecho de los tenedores de los valores, si se trata de títulos de crédito, de exigir el pago inmediato del capital e intereses adeudados.

6 Nuevas figuras

La ley contiene sustanciales avances en la regulación de nuevas instituciones jurídicas que contribuirán decididamente al fortalecimiento y desarrollo del mercado de valores en nuestro país. Con afán ejemplificativo, nos detendremos en algunas de ellas.

En primer término, el título sexto de la ley se dedica al desarrollo de la figura de los valores representados mediante anotaciones en cuenta, que, como se abordó con anterioridad, supone para los potenciales emisores de valores, la oportunidad de emitirlos en forma desmaterializada, creándolos por virtud del asiento correspondiente en los libros de contabilidad del emisor, con base en el instrumento legal de emisión. De acuerdo con la ley, la transmisión de estos valores tendrá lugar también mediante asiento de partida contable, anotando los mismos a favor de subsecuentes adquirientes, lo que producirá los efectos de una plena transmisión de dominio de los valores. Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrán, entonces, su propia ley de circulación, distinta de la de los títulos de crédito tradicionales.

De esa forma, los emisores privados y públicos de valores tendrán una herramienta importante que contribuirá a reducir sus costos de transacción y a automatizar el proceso de emisión y colocación de sus valores. La ley establece la compatiblidad de esta figura con la del servicio de depósito colectivo de valores, prestado por las Bolsas de Comercio autorizadas o por sociedades designadas por éstas, de forma tal que las sociedades que presten este tipo de servicios podrán manejar contable y operativamente, sin mezclarla con su patrimonio propio, la emisión de valores desmaterializados, para hacer factible la negociación automatizada de los mismos y la expedición de constancias en favor de los adquirientes de los valores.

La ley define y regula instituciones esenciales en el tema de la inversión institucional. Las sociedades de inversión y los contratos de Fondo y Fideicomiso de Inversión flexibilizan la creación de inversionistas institucionales en el país, contribuyendo así a propiciar la demanda de instrumentos financieros de largo plazo. Al mencionar algunos de los avances importantes en estas materias, podemos destacar normas como las que facultan a las sociedades de inversión a contar con un esquema de capital variable no obligarse a formar reserva legal y emitir acciones sin derecho a voto cuando deban recomprarse dentro de un plazo máximo de treinta días.

En relación a los fideicomisos de inversión, la ley contiene normas que establecen la posibilidad de delegar la función fiduciaria a los Agentes, de constituir el fideicomiso en documento privado y de emitir certificados fiduciarios siguiendo únicamente las normas que para oferta pública establece la ley.

7 Disposiciones transitorias y vigencia

La ley contiene disposiciones transitorias que definen las bases del ajuste a sus disposiciones por parte de los Agentes y las Bolsas autorizadas. También determina que las ofertas públicas admitidas a cotización antes de su vigencia no tendrán que inscribirse en el Registro. En materia de fiscalización tributaria, la ley establece que tanto los Agentes como las Bolsas quedarán sujetas a la Dirección General de Rentas Internas.

La *Ley del mercado de valores y mercancías* entrará en vigencia seis meses después de su publicación en el Diario Oficial.

Nuestra generación ha olvidado que el sistema de la propiedad privada es la garantía más importante de la libertad.

Friedrich A. Hayek

JOSE LUIS GONZALEZ D., RICARDO AGUIRRE MURGA y EDUARDO MAYORA ALVARADO[1]

La autonomía de la voluntad y el régimen de las garantías reales

Sumario

1 Los Derechos reales de garantías: su régimen actual
1.1 Antecedentes
1.2 Generalidades sobre la hipoteca
1.3 Extensión de la hipoteca
1.4 Ejecución de la hipoteca
1.5 La subhipoteca y las cédulas hipotecarias
1.6 La prenda
1.7 Prenda de títulos y de créditos
1.8 Pérdida o destrucción de la prenda y disminución de su valor
1.9 Prendas especiales
2 Sistema *numerus clausus* o *numerus apertus*
3 Nuevas formas de garantía real
4 Juicio crítico sobre el papel que cumplen las limitaciones a la autonomía de la voluntad
Bibliografía

1 Los Derechos reales de garantía: su régimen actual

1.1 Antecedentes

El Código Civil (CC) guatemalteco actual fue promulgado en 1964 pero conserva la tradición doctrinaria que ha inspirado nuestro Derecho Civil desde el Código Civil de 1877, que 'se ciñó al plan romano-francés'.[2]

Los Derechos reales de garantía forman parte del Libro II del Código Civil intitulado 'De los bienes, de la propiedad y demás Derechos reales'. Su tratamiento específico se hace en el Título V, 'Derechos reales de garantía', que se integra por cuatro capítulos: I- 'De la hipoteca'; II- 'Modalidades de la hipoteca', III- 'Prenda común'; y IV, 'Prenda agraria, ganadera e industrial'.

1.2 Generalidades sobre la hipoteca

La hipoteca se define en el artículo 822 como 'un Derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación', pudiendo hipotecar el que puede enajenar y pudiéndose hipotecar únicamente los bienes inmuebles que pueden enajenarse (Art. 835 CC). Se trata de un contrato solemne, que debe constar en escritura pública y debe además inscribirse en el Registro de la Propiedad (Arts. 1125 y 1576 CC).

El contrato hipotecario es un contrato accesorio de la relación jurídica por la que se constituye la obligación garantizada, pero como no se admite el saldo insoluto, aun mediante pacto expreso, 'si el dueño del inmueble lo hipoteca y después lo vende, traspasa al comprador la propiedad con el gravamen hipotecario que le sigue *como la sombra al cuerpo*, y el acreedor, en caso de ejecución, deberá entenderse con el nuevo propietario, sujeto pasivo de la obligación, que representa la cosa hipotecada, como su actual poseedor e interesado en defenderla y liberarla'.[3]

Al acreedor hipotecario corresponde el Derecho para promover la venta judicial del bien gravado

1 Association Henry Capitant des Amis de la Culture Juridique Françaisse, Grupo Guatemala.
2 F.O. Salazar, *1964*:20
3 *Ibidem*, 98

cuando la obligación sea exigible y no se cumpla, siendo nulo el pacto de adjudicación en pago que se estipule al constituirse la hipoteca (Art. 824 CC). Por otra parte, aunque la hipoteca es indivisible (Art. 825 CC), se estatuye el Derecho irrenunciable del deudor de pedir al acreedor la reducción de la garantía mediante la liberación del gravamen hipotecario que pesa sobre alguna o varias fincas, cuando hubiere pagado más del 50% de la deuda (Art. 826 CC).

Cuando se hipotecan varias fincas a la vez por un solo crédito, todas ellas responderán conjuntamente de su pago, pudiéndose, sin embargo, asignar a cada finca la cantidad o parte de gravamen que debe garantizar. En este caso, el acreedor no podrá ejercer su Derecho en perjuicio de tercero sobre las fincas hipotecadas, sino por la cantidad que a cada una de ellas se le hubiere asignado. Ahora bien, de no haber perjuicio de tercero, puede ejercer su Derecho sobre las mismas fincas por la cantidad que alguna de ellas no hubiere alcanzado a cubrir (Art. 827 CC), lo cual constituye una especie de excepción cualificada al principio por el que se declara inadmisible la estipulación de responsabilidad del deudor por el saldo insoluto. Otra excepción también cualificada es la relativa a la responsabilidad de los Registradores de la propiedad, la cual, si fuere garantizada con hipoteca, admite saldo insoluto por virtud de lo establecido en el artículo 1230 del Código Civil.

1.3 Extensión de la hipoteca

En cuanto a la extensión de la hipoteca como Derecho real, el artículo 830 del Código Civil establece que ésta se extiende:

a- a las accesiones naturales y mejoras;
b- a los nuevos edificios que el propietario construya y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados;
c- a los Derechos del deudor en los excesos de la superficie del inmueble;
d- a las indemnizaciones que se refieran a los bienes hipotecados, concedidas o debidas al propietario por seguros, expropiación forzosa o daños y perjuicios; y
e- a las servidumbres y demás Derechos reales a favor del inmueble.

La hipoteca, según lo determina el artículo 834 del Código Civil, no se extiende a los bienes de una finca sobre los cuales puede constituirse prenda agraria, salvo que estuvieren libres de gravamen al ejecutarse el cumplimiento de la obligación.

Otra de las disposiciones que pretenden la protección del deudor se contiene en el artículo 836, según el cual el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario. Esta limitación, según el mismo artículo, deja a salvo lo relativo a los créditos bancarios. Como consecuencia de la regla general de esta disposición, como se indicó anteriormente, la transmisión del bien hipotecado supone también la transmisión de la deuda hipotecaria.

Mientras que no existe limitación para hipotecar los Derechos (individuales) que el condómino tenga en el predio común (Art. 837 CC) ni el edificio construido sobre suelo ajeno (Art. 839 CC), sí está prohibido hipotecar el patrimonio familiar (que se haya constituido de conformidad con la ley, se entiende) y los bienes adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el causante haya puesto dicha condición, hasta por un plazo máximo de 5 años (Art. 838 CC).

De constituirse hipoteca y otras garantías, debe determinarse la cantidad o parte del gravamen que se asigne a los bienes hipotecados y a las demás garantías. 'Sin embargo, si se constituye prenda o hipoteca, ésta puede garantizar el saldo insoluto que deje la prenda, pero en este caso no habrá responsabilidad personal del deudor, ni aun por pacto expreso' (Art. 842 CC), lo cual es consistente con la prohibición general del pacto de saldo insoluto antes mencionada.

Así como se establece en favor del deudor el Derecho de pedir la reducción de la garantía (Art. 826 CC), el artículo 845 faculta al acreedor para exigir que se mejore la garantía hasta hacerla suficiente, si ésta ya no fuere suficiente por haber disminuido el valor de la finca hipotecada. En caso contrario, el plazo se dará por vencido y procederá el cobro del crédito. Esta solución podría considerarse atenuante de la prohibición de pactar el saldo insoluto en la hipoteca, sin embargo, la complejidad de la determinación pericial de la disminución del valor de la garantía y lo prolongado de los trámites judiciales

correspondientes, hacen impráctica y más bien lírica la existencia de este Derecho.

1.4 Ejecución de la hipoteca

De incumplirse la obligación garantizada por la hipoteca, procede la acción hipotecaria y, como consecuencia de ella, el remate de los bienes gravados. En tal caso, 'después de los comuneros, los acreedores hipotecarios por su orden, tendrán Derecho preferente durante el remate, a que la finca se les adjudique por la mejor postura que se hiciere' (Art. 849 CC). Del precio que se obtenga en la venta judicial de los bienes gravados se pagarán los gastos de rigurosa conservación que haya autorizado el juez; la deuda por contribuciones fiscales de la finca que se ejecuta correspondiente a los últimos cinco años; la deuda por seguros vigentes de la finca rematada; los gastos y costas del procedimiento ejecutivo regulados conforme a la ley, y los acreedores hipotecarios, subhipotecarios o prendarios, conforme al lugar y preferencia legal de sus títulos.

1.5 La subhipoteca y las cédulas hipotecarias

Como formas especiales de la hipoteca se prevé en el Código la subhipoteca y las cédulas hipotecarias. Sobre la primera se dice que 'el crédito garantizado con hipoteca puede subhipotecarse en todo o en parte, llenándose las formalidades aplicables establecidas para la constitución de la hipoteca' (Art. 852 CC); en cuanto a las segundas, se indica que 'puede constituirse hipoteca para garantizar un crédito representado por cédulas sin que sea necesario que haya acreedor y emitirse las cédulas en favor del mismo dueño del inmueble hipotecado' (Art. 860 CC). De lo dicho se deduce que, a diferencia de lo que con frecuencia se cree erróneamente, la emisión de cédulas hipotecarias -de lo que el sistema financiero ha hecho uso intenso- no supone la representación fragmentada de la hipoteca, sino que del crédito que la misma garantiza, que viene a tener tantos acreedores como sea el número de los tenedores cedularios. La importancia de que puedan emitirse las cédulas sin necesidad de que haya acreedor permite, por otra parte, su creación y posterior lanzamiento al mercado de valores, financiero o bursátil.

A diferencia de lo que acontece con la hipoteca común, en el caso de las cédulas hipotecarias es prohibido que las propiedades a hipotecarse se encuentren ya anotadas o gravadas, o sujetas a condiciones suspensivas, rescisorias o resolutorias (Art. 863 CC). Otro límite importante es que el monto de la emisión no puede exceder del 75% del avalúo del inmueble hipotecado (Art. 867 CC) y, por otra parte, es requisito indispensable, entre otros, la designación de la persona o institución que como agente financiero esté encargado del servicio de la deuda, pago de intereses, comisiones y amortizaciones (Art. 865, 6° CC).

Las cédulas y sus cupones son títulos que aparejan ejecución, pudiendo circular al portador o nominativamente.

1.6 La prenda

Se define la prenda como el Derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación (Art. 880 CC), de manera que, al igual que en el caso de la hipoteca, constituye un contrato accesorio. La prenda debe constar en escritura pública o en documento privado, haciéndose constar la especie y naturaleza de los bienes dados en prenda, su calidad, peso, medida y demás datos indispensables para su identificación; el nombre del depositario y especificación de los seguros que estuvieren vigentes sobre los bienes pignorados (Art. 884 CC).

La prenda, a diferencia de la hipoteca, admite pacto expreso en lo que concierne al saldo insoluto (Art. 881 CC), lo cual es por cierto la regla general en los contratos prendarios. El contrato de prenda da al acreedor el Derecho de ser pagado con preferencia a otros acreedores, del precio en que se venda la prenda, siendo nulo todo pacto que autorice al acreedor para apropiarse la prenda o para disponer de ella por sí mismo en caso de falta de pago (Art. 882 CC). Los bienes dados en prenda no se podrán usar sin el consentimiento del dueño y del acreedor (Art. 892 CC).

El Código actual admite la prenda sin desplazamiento, de manera que el cargo de depositario puede recaer tanto en el acreedor o en un tercero, como en el propio deudor, si el acreedor consiente en ello (Art. 885 CC). Existe, además, el mecanismo de los bonos de prenda, que son títulos de crédito que incorporan un crédito prendario sobre bienes depositados en un Almacén general de depósito, debida-

mente autorizado (Arts. 584 al 587 Código de Comercio [C de c]).

1.7 Prenda de títulos y de créditos

La prenda de títulos circulatorios se prevé tanto en lo relacionado con los nominativos como en lo que toca a los emitidos al portador. Se prevé lo relacionado con el endoso y depósito de los títulos nominativos y lo concerniente al depósito de los que circulan al portador, debiendo, en ambos casos, emitirse resguardos a favor de quien los otorga en garantía y, en el caso de los títulos nominativos, se requiere dar aviso de la pignoración a la institución emisora (Art. 886 CC). Estas disposiciones han venido a ser complementarias de las que en el Código de Comercio se establecen con relación a las prendas de acciones (Art. 106 C de c), en cuyo caso el Derecho de voto corresponde al accionista, salvo pacto en contrario; y con relación a la prenda de los títulos de crédito (Art. 428 C de c) la cual se perfecciona mediante el endoso en garantía, que confiere al endosatario, además de sus Derechos de acreedor prendario, las facultades de un mandatario con representación para cobrar el título judicial o extrajudicialmente.

En lo relativo a la pignoración de créditos, se dispone que el depositario está obligado a hacer lo que sea necesario para que no se altere ni menoscabe el Derecho que aquél representa. Las cantidades que reciba el depositario, deberá aplicarlas a la amortización de intereses y capital, salvo lo que las partes convengan en el contrato (Art. 887 CC).

1.8 Pérdida o destrucción de la prenda y disminución de su valor

Si se perdiere o destruyere la prenda, será pagada por el depositario, quien sólo podrá eximirse de esta obligación si prueba que no se perdió ni destruyó por su culpa (Art. 896 CC). Por otra parte, si la cosa dada en prenda se deteriora o disminuye su valor, el acreedor o el deudor pueden solicitar que se venda en pública subasta o al precio corriente (Art. 899 CC).

1.9 Prendas especiales

El Código Civil prevé tres formas especiales de prenda: la agraria, la ganadera y la industrial, las cuales pueden constituirse sobre los bienes siguientes:

a- los frutos pendientes, futuros o cosechados;
b- los productos de las plantas y las plantas que sólo pueden utilizarse mediante el corte;
c- las máquinas, aperos o instrumentos usados en la agricultura;
d- los animales y sus crías;
e- las máquinas e instrumentos usados en la industria;
f- las materias primas de toda clase y los productos en cualquier estado de las fábricas o industrias; y
g- los productos de las minas y canteras.

También puede constituirse prenda sobre vehículos y demás muebles fácilmente identificables que constituyan garantía de una operación comercial (Art. 904 CC).

Los bienes arriba listados podrán pignorarse aunque la finca estuviere hipotecada, pero debe darse preferencia al acreedor hipotecario para que conceda el crédito en las circunstancias proyectadas (Art. 905 CC).

Finalmente, a diferencia de la prenda común, en los casos especiales arriba mencionados, los bienes dados en prenda podrán ser vendidos por el deudor siempre que la venta sea al contado, que el precio cubra el total de lo adeudado y que previamente dé aviso al acreedor. Al hacer la venta, el deudor deberá depositar el monto del crédito en el lugar donde debe hacerse el pago (Art. 914 CC).

2 Sistema *numerus clausus* o *numerus apertus*

Por razones de técnica legislativa, la legislación vigente en Guatemala contiene únicamente escasas definiciones a las que podamos acudir en caso de conceptos básicos.

En el tema de los Derechos reales, el Código Civil de Guatemala de 1933, Decreto 1932, dispuso, en su artículo 381, que 'Derecho real es el que se tiene a la cosa y en la cosa, sin relación a determinada persona'.

El Código Civil de 1964, Decreto-Ley 106, suprimió esa disposición. La Exposición de Motivos de este cuerpo legal argumenta que se suprime esa definición de Derechos reales, 'pues definiciones en un Código sólo pueden admitirse aquellas que sean necesarias para establecer decisiones o limitar el sentido usual de las palabras, como ocurre en el caso de

los bienes fungibles'.[4] Lo cierto es que al suprimir esa definición, el Código Civil de Guatemala se aparta de la teoría clásica de los Derechos reales, que como sabemos afirma que la naturaleza de éstos se reduce a una relación jurídica entre el titular del Derecho real y la cosa sobre la cual ese Derecho real recae, y parece dar cabida a una postura obligacionista o a una postura ecléctica respecto de tal naturaleza de los Derechos reales.

Por otro lado, en Guatemala existe duda si nuestra legislación adopta el sistema *numerus clausus* o el sistema *numerus apertus* en lo tocante a los Derechos reales. El Código Civil vigente no refiere expresamente el hecho de cuál de esos sistemas es el que nos rige.

Un autor guatemalteco, el Licenciado Alfonso Brañas, afirma que nuestra legislación únicamente reconoce por Derechos reales los que en forma expresa enumera el Código Civil, por lo que en su opinión las partes no pueden dar naturaleza de Derechos reales a ciertos actos en virtud de la voluntad contractual.[5]

Podemos afirmar que dos objetivos jurídicos colisionan en lo tocante al tema del sistema que deba regir en materia de Derechos reales: El tema de la 'libertad' y el de la 'seguridad jurídica', siendo el primero un fiel reflejo de la creatividad y dinamismo del ser humano, y el segundo, de la necesidad que percibe toda comunidad de encontrar términos de referencia válidos y sólidos, que regulen en mayor o menor grado, los actos o negocios jurídicos. La libertad se encuentra tutelada por el artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que dispone que 'toda persona tiene Derecho a hacer lo que la ley no prohíbe'[..]. La libertad es congruente con el cambio que constantemente se produce en los grupos humanos.

La seguridad jurídica, por el artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial, que establece que 'contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario'.

Y el artículo 4 de dicha ley, que dispone que 'los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno Derecho, salvo que en ellas se establezcan un efecto distinto para el caso de contravención'[..].

A este respecto, otro jurista guatemalteco, el Licenciado Juan luis Aguilar Salguero, afirma en su ponencia presentada al XIX Congreso Internacional del Notariado Latino, que Guatemala no posee, en materia de Derechos reales, una norma como la contenida en el artículo 2502 del Código Civil de Argentina, el que dispone que 'los Derechos reales sólo pueden ser creados por la ley'. O que no se prohíbe en nuestro país el acto de creación o modificación de Derechos reales en forma distinta a la establecida por la ley. Y, por otro lado, tampoco se establece un régimen de referencia que delimite el radio de acción de las partes, al crear nuevos Derechos reales.

En opinión de dicho autor, Guatemala sigue, por lo expuesto, en materia de Derechos reales, el sistema de *numerus apertus*, con el inconveniente de que no se establece el marco legal que deben observar los contratantes al crear o modificar Derechos reales. De manera que deben conciliarse el principio de 'seguridad jurídica' y las condiciones cambiantes de las relaciones jurídicas en materia de Derechos reales, tomando, del sistema *numerus clausus* el papel fundamental de la ley en la creación del Derecho real, y del *numerus apertus* el reconocimiento de la creatividad de las partes, delimitando el radio de acción de esa creatividad y fijando, mediante normas jurídicas, los parámetros que el pacto debe respetar. Cabe la observación a la tesis del Licenciado Aguilar, que efectivamente las partes pueden pactar libremente, siempre que el negocio jurídico que celebren no transgreda el orden jurídico de Guatemala, por lo que debe afirmarse que el sistema *numerus apertus*, si bien no es sancionado por nuestra legislación, tampoco resulta prohibido. Ahora bien, el hecho de que las partes decidan celebrar un contrato lícito mediante el cual, en opinión de esas partes, se cree, modifique o extingue un Derecho real, no obsta a que si al aplicar nuestro ordenamiento jurídico no se llega a la conclusión de que se trata de un Derecho real, entonces podríamos considerar que estamos en presencia de una obligación personal, válidamente celebrada, pero no de un Derecho real, sobre la base del principio contenido en el artículo 1286 del Código Civil, que estipula que 'la simulación rela-

4 *Exposición de Motivos del Código Civil*, Decreto Ley 106, promulgado el 14 de septiembre de 1963
5 A. Brañas, Pág. 85

iva, una vez demostrada, producirá los efectos del negocio jurídico encubierto', y de las normas de interpretación de la ley establecida en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República.

3 Nuevas formas de garantía real

Podemos considerar una nueva forma de garantía real el Fideicomiso de Garantía, que contempla el artículo 791 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República.

Al igual que lo ha determinado la jurisprudencia y la legislación española, según nos menciona el Dr. Federico Puig Peña, el *Sistema numerus-apertus* no debe autorizar 'la construcción de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un Derecho real, ni significa que la voluntad pueda configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que le impiden la amortización de la propiedad inmueble, ni justifica la creación de tipos contradictorias de servidumbres, ni ampara oscuridades como las advertidas en determinadas escrituras'.[6]

El fideicomiso estaba regulado inicialmente por el Código Civil vigente, Decreto-Ley 106, como Derecho real, específicamente como variante de la propiedad, pero no contemplaba el supuesto del fideicomiso de garantía.

Mediante el fideicomiso de garantía que regula nuestro Código de Comercio en vigor, '...en caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante Notario, siendo nulo todo pacto que autorice el fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta'.

En este supuesto, como en todo fideicomiso, el fideicomitente enajena su Derecho de propiedad o un Derecho real, el cual es adquirido por el fiduciario. El fiduciario queda facultado en este tipo de fideicomisos, esencialmente a promover la venta en pública subasta del patrimonio fideicometido en caso de incumplimiento de deudor. Vemos que el fiduciario adquiere un Derecho cuya naturaleza real no puede ser objeto de discusión; por el contrario, el fideicomisario acreedor en puridad no posee un Derecho real sobre la cosa, sino más bien un Derecho personal ante el fiduciario, que le faculta a exigir a éste que proceda a vender en pública subasta el patrimonio fideicometido.

Este tipo de garantía real nos viene dado por ley, si bien por una ley distinta que el Código Civil. Sin embargo, debe hacerse la observación que en la institución del fideicomiso en general y del fideicomiso de garantía en particular, para los efectos de determinar el contenido del mismo, es determinante la autonomía de la voluntad del fideicomitente, quien a su conveniencia determina la naturaleza y fin del fideicomiso.

4 Juicio crítico sobre el papel que cumplen las limitaciones a la autonomía de la voluntad

De la exposición sintética del régimen actual y de la discusión básica sobre su naturaleza abierta, de *numerus apertus*, o cerrada, de *numerus clausus*, se evidencia la necesidad de esbozar un juicio crítico sobre el papel que cumplen las limitaciones a la autonomía de la voluntad.

Para formular un juicio crítico acerca de la función de las limitaciones a la autonomía de la voluntad no puede perderse de vista que con la codificación justiniana se anquilosó la evolución cotidiana de las instituciones del Derecho Romano y que naturalmente, a partir del fenómeno de la recepción, y particularmente por la influencia del Código de Napoleón, el Derecho Civil pasó a concebirse como un conjunto de verdades consagradas por el tiempo, cuya admisión en el campo del Derecho privado era inobjetable.

No puede abordarse este tema sin una somera comprensión del concepto de los órdenes espontáneos, en oposición a los órdenes creados o estructurados intencionalmente por el hombre.

Quizás una adecuada explicación de lo que debemos entender por orden es la elaborada por Friedrich Von Hayek:

> *'Denominaremos orden a un estado de cosas en el cual una multiplicidad de elementos de diversa*

6 F. Puig Peña, 1976:40

especie se relacionan entre sí, de tal modo que el conocimiento de una porción espacial o temporal del conjunto nos permite formular, acerca del resto unas expectativas adecuadas o que por lo menos gocen de una elevada probabilidad de resultar ciertas'.[7]

En el sentido indicado la sociedad o la convivencia entre los hombres responde a un tipo de orden en que nadie creó o estructuró deliberadamente, como afirma a este respecto, el antropólogo social George Burdeau:[8] 'Es obvio que en el ámbito del quehacer colectivo existe siempre un cierto orden, coherencia y regularidad, de otra manera ningún ser humano hubiera logrado ejercer actividad normal alguna ni conseguiría satisfacer sus más elementales necesidades'.

Para poder alcanzar sus fines el hombre necesita hacer coincidir sus expectativas con la realidad; si esa realidad le presenta un orden determinado deberá adecuar los medios que utiliza al orden exterior que el mundo y los demás individuos le presentan, pues de lo contrario nunca alcanzará sus propósitos.

Sin embargo, el orden que surge de las relaciones entre los miembros de una sociedad no es fruto del designio intencionado de sus miembros, como se afirma erróneamente por quienes se tienen una concepción planteamientos antropomórficos de la sociedad, ya que ningún individuo a quien se le haya confiado la autoridad del grupo tiene la capacidad de decidir por todos sus miembros, en el sentido de indicarles qué tienen que hacer a cada momento y con qué propósito.

Los individuos toman sus decisiones atendiendo a las circunstancias de tiempo y lugar en que se encuentran, para satisfacer sus necesidades diarias y encaminarse al logro de sus metas, tanto mediatas como inmediatas. Éste es el ámbito en que se aplican y encuentran su razón de ser las normas del Derecho privado.

Sin embargo, el Derecho privado y sus instituciones no son verdades inmutables, ya que si bien es cierto sus principios responden a la búsqueda que a través del método del ensayo y error han hecho las generaciones que nos precedieron, por la misma naturaleza de la relación de los miembros de la socie dad, es de la esencia del Derecho privado un ele mento dinámico que lo hace evolucionar al misme tiempo que evoluciona el individuo y la organización social. Naturalmente estamos hablando de una socie dad abierta o gran sociedad, en la que la regla de supervivencia es, si no con exclusividad, por lo menos esencialmente, la competencia. No sería apli cable este análisis en una sociedad cerrada o tribal en la que la regla no es exclusiva pero sí esencial, es la solidaridad. Resulta innegable la influencia que la legislación 'social' ha tenido en la transformación de buena parte del Derecho privado, en Derecho público durante el último siglo y no es sino hasta época reciente que los seres humanos han vuelto a los principios de interrelación, prescritos durante cas setenta años por el pensamiento socialista.

Lo cierto es que en el último siglo el principio de que el Estado debe intervenir en la vida privada de los ciudadanos hasta donde lo exijan los denomina dos 'fines sociales' ha penetrado el ámbito de liber tad inherente a las actividades civiles y mercantiles de los miembros de la sociedad. Con el propósito de favorecer a los grupos que fueron injustamente marginados con anterioridad, se limitan con fre cuencia las actividades contractuales de los indivi duos con normas cuya generalizada aplicación perjudica a un mayor número de individuos que aquel al que favorece.

El problema consiste en creer que la aplicación consistente de normas justa debe acarrear necesaria mente resultados igualitarios; sin embargo, la reali dad a diario nos demuestra que la aplicación de normas justas e iguales frecuentemente favorece má a unos individuos que a otros, por la diferente capa cidad que poseen y circunstancias distintas en que se encuentran los seres humanos individualmente con siderados.

Al limitar la autonomía de la voluntad en cuanto a las garantías reales, se asume que el Estado tiene la obligación de evitar que la creatividad de los indivi duos origine otras formas de garantía que eventual mente puedan ocasionar daños a uno de lo contratantes, limitando así, a priori, el ejercicio de la

7 F. Von Hayek, 1994:10

8 'Une Survivance: De la Notion de Constitucion' en *L'Evolution du Droit Public. Etudes Offertes a Achille Mestre.* Paris, 195 (citado por Hayek)

creatividad de los contratantes para solucionar sus necesidades de garantizar jurídicamente el cumplimiento de sus obligaciones.

Si quisiéramos extraer una conclusión desde el punto de vista del análisis económico del Derecho en relación a esta cuestión, habría que comparar los costos sociales de proteger a los contratantes impidiéndoles la utilización de nuevas formas de garantía, con los beneficios que puede acarrear tanto a los contratantes como a la misma sociedad la libertad del tráfico de bienes y servicios, ofreciendo innumerables opciones como las propias del mundo mercantil.

Nos pronunciamos, pues en el sentido de que la naturaleza de las garantías reales de las obligaciones en general, debe regirse por el sistema *numerus apertus* para facilitar las transacciones que exige con el ritmo de crecimiento de las obligaciones contractuales en una Sociedad Abierta.

Bibliografía

Brañas, Alfonso
Manual de Derecho Civil.

Exposición de Motivos.
1963 *Exposición de Motivos del Código Civil.* Decreto Ley 106, promulgado el 14 de septiembre de 1963. Guatemala: Tipografía Nacional.

Puig Peña, Federico
1976 *Compendio de Derecho Civil Español.* Madrid: Ediciones Pirámides, S.A.

Von Hayek, Friedrich
1994 *Derecho, Legislación y Libertad. Volumen I: Normas y Orden.* Madrid: Unión Editorial.

Salazar, Federico O.
Informe y exposición de motivos del Código Civil de 1964. Guatemala.

Une Survivance
1956 'Une Survivance: De la Notion de Constitucion'. *L'Evolution du Droit Public. Etudes Offertes a Achille Mestre.* Paris.

Todo hombre, con tal que no viole las leyes, debe quedar en libertad para perseguir su propio interés como le plazca, dirigiendo su actividad e invirtiendo sus recursos en cooperación con otras personas.

Adam Smith

JOSE E. QUIÑONES LEON[1]

Cláusulas contractuales de crédito

Sumario

Introducción
1 Fuentes de conflicto
1.1 Pago de dividendos
1.2 Degradación o dilución
1.3 Sustitución de activos
1.4 Subinversión
2 Efectos de cláusulas
2.1 Cláusulas positivas
2.1.1 Presentación continuada de estados financieros
2.1.2 Certificados de cumplimiento
2.1.3 Operaciones continuadas
2.1.4 Notificación de cambio de condiciones
2.1.5 Adquisición de seguro
2.1.6 Mantenimiento de capital operativo
2.1.7 Provisiones de pago
2.2 Cláusulas Negativas
2.2.1 Convertibilidad
2.2.2 Cobertura de intereses
2.2.3 Límite de la razón o índice de deuda documentada entre flujo de efectivo
2.2.4 Limitación a deuda equivalente o preferencial
2.2.5 Cambio de propietario
2.2.6 Fusiones y transformaciones
2.2.7 Limitación a la disposición de activos
2.2.8 Restricción al pago de dividendos
Conclusiones
Bibliografía

Introducción

Bajo este título se integran pactos en convenios de crédito que regulan el vínculo que se crea entre el deudor y el acreedor. Estas cláusulas permiten al acreedor controlar el mantenimiento de la situación presente al momento de contratar, y provocar las situaciones que se previeron para la vigencia del convenio. Asimismo, permiten al acreedor actuar en caso de rompimiento de cualquier pacto, ya sea mediante 'cláusulas de aceleración', o bien induciendo al deudor a restablecer situaciones pactadas.

Es indispensable durante la relación de crédito que el acreedor permita al deudor suficiente rentabilidad para asegurarse el pago del crédito. Es igualmente importante que el deudor tenga los incentivos suficientes para continuar su productividad y cancelar el crédito durante la vigencia de la relación. La única razón de ser de las garantías crediticias es aumentar la probabilidad de recuperación; esto pareciera elemental, pero no es difícil pensar en situaciones en donde el acreedor contrata en condiciones tan restrictivas para el deudor que le inducen a la insolvencia. Asimismo, no es difícil encontrar situaciones en las cuales el deudor no tiene incentivos para continuar con su productividad normal y cancelar el crédito vigente, sino que prefiere aceptar proyectos de alto riesgo con la esperanza de tener utilidades extraordinarias. Tales situaciones son evidentes cuando la utilidad esperada, si el negocio continúa, sumada al valor de liquidación de los activos, no alcanzan más que para cubrir los pasivos. En estos casos el valor de las acciones es cero, y los accionistas con injerencia en la administración del negocio preferirán arriesgar el capital de trabajo adoptando proyectos en los que puede haber una muy pequeña probabilidad de ganar mucho, aunque las probabilidades de perder mucho sean igualmente altas.

1 Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín

El enfoque tradicional dado a este tipo de situaciones es la perspectiva de 'conflicto entre accionistas y acreedores'.[2] Este enfoque sugiere que hay numerosos ejemplos en los que un plan de producción que maximiza el patrimonio de los accionistas no favorece a los acreedores y viceversa. La venta de activos a precio de costo y su contabilización como superávit de capital es el ejemplo clásico de este tipo de situaciones en las que se beneficia la posición de los accionistas a expensas de los acreedores.

Se analizan las mayores fuentes de conflicto entre deudores y acreedores y se desarrollan algunas de mayor uso o mayor utilidad para el control de este tipo de relaciones. El control de estas situaciones implica el establecimiento de cláusulas normativas de la conducta tanto del deudor como del acreedor. Cabe recalcar asimismo que aunque en nuestro medio casi siempre se persigue comprobar la solvencia moral del deudor, es igualmente importante constatar la potencial solvencia material ya que no siempre son coincidentes. Es importante que el notario recuerde que si bien las garantías reales aumentan la probabilidad de recuperación, el acreedor desea evitar el cobro judicial que resulta siempre más costoso.

1 Fuentes de conflicto

Se desarrollan a continuación las cuatro mayores fuentes de conflicto entre acreedores y deudores citadas por Smith/Warner:

1.1 Pago de dividendos

Es la expresión máxima de este tipo de conflictos. El deudor puede decretar el pago de dividendos extraordinarios en detrimento de la expectativa de pago de los acreedores.

1.2 Degradación o dilución

La contratación de deuda privilegiada (garantías específicas) reduce el lugar en la clasificación (o gradación) de créditos que ocupan los acreedores anteriores y la probabilidad de recuperación de éstos. Ello implica un valor inferior al crédito que se tiene. Cuando se hace una emisión de títulos de crédito de deuda, la valuación se hace asumiendo niveles de deuda existente. Cualquier deuda adicional reducirá el valor de los títulos, salvo el caso de aquellos con garantía específica, tales como certificados fiduciarios o cédulas hipotecarias.

1.3 Sustitución de activos

El otorgamiento de créditos implica en la mayoría de casos un análisis del proyecto en el cual se invertirá el efectivo. Si el acreedor se encuentra en una posición de libertad para decidir el destino del crédito puede optar por invertir en proyectos de riesgo más elevado. En el caso extremo que los accionistas con injerencia en la administración saben que el valor de liquidación de sus acciones es cero, tendrán un gran incentivo para aceptar proyectos con bajas probabilidades de ser muy rentables, no importando que el valor presente neto del proyecto sea negativo. Están dispuestos a arriesgar porque su expectativa de pérdida no puede incrementarse más allá de su aporte social.

1.4 Subinversión

Esta es una de las consecuencias menos consideradas, aunque su importancia es igual o mayor que las anteriores. Si los niveles de deuda son exagerados los accionistas no tendrán incentivos para investigar y desarrollar proyectos rentables a sabiendas que las utilidades van a acrecentar por completo el patrimonio de los acreedores. Esto repercute en el análisis que debe hacer el notario con el auxilio de los analistas de crédito para determinar el contenido y extensión de las cláusulas positivas o negativas a incluir en el contrato o términos de los títulos de crédito.

2 Efectos de cláusulas

El análisis de las características de ciertas cláusulas de aplicación a contratos financieros se subdivide aquí en aquellas que requieren de un actuar por parte del deudor denominadas cláusulas positivas a diferencia de las

2 Smith/Warner compilan una serie de situaciones que se dan dentro de una de las tantas relaciones que se originan alrededor de la persona jurídica. Esto tiene su raíz en la teoría de sociedades de Ronald Coase.

cláusulas negativas o prohibitivas que representan una restricción a las actividades del deudor. No obstante, pueden considerarse combinaciones de ambas. Es indispensable que el notario conozca a fondo los efectos no aparentes de estas cláusulas para poder juzgar sobre su verdadero alcance y utilidad en conjunción con los auxiliares financieros.

2.1 Cláusulas positivas

El objeto de estas cláusulas es asegurarse la operación continuada del deudor en condiciones de rentabilidad que permitan la cancelación de la acreeduría y ofrezcan incentivos a los accionistas para procurar la producción continuada. En la mayoría de casos implican costos que deben ser considerados por el deudor al evaluar sus opciones de financiamiento y por el notario para establecer requisitos que estén dentro de los parámetros aceptados por el mercado.

2.1.1 Presentación continuada de estados financieros

La presentación de estados financieros auditados al finalizar el período fiscal debería ser un requisito básico para aquellos deudores que ya los tienen. A los estados financieros tradicionales (balance, estado de resultados, flujo de efectivo) pueden adicionarse reportes como detalle de inventarios, dependiendo de la particularidad del crédito y las garantías constituidas. La discrepancia en nuestro medio para contabilizar ciertas operaciones hace necesario obligar al deudor a adoptar normas preestablecidas para contratos relevantes. Puede establecerse claramente por ejemplo que para la contabilización del leasing debe adoptarse la declaración número trece para leasings de largo plazo de la FASB[3] por ejemplo. La información que se solicite debe ir de acuerdo con las condiciones del crédito. Es común encontrarse con cláusulas que obligan al deudor a 'presentar toda la información que el acreedor razonablemente solicite' o a exigir información 'contable y extracontable'. No cualquier información es de utilidad para el acreedor; por otro lado es importante resaltar la importancia de solicitar la información en forma periódica para controlar los cambios de solvencia del deudor y sugerir medidas preventivas y correctivas.

2.1.2 Certificados de cumplimiento

Estas cláusulas exigen al representante legal declaraciones periódicas bajo su responsabilidad personal, haciendo constar que ciertas condiciones vitales para el otorgamiento del crédito no han sido violadas.

2.1.3 Operaciones continuadas

Estas cláusulas exigen que el deudor mantenga sus niveles de producción dentro de los parámetros existentes al contratar. Esto porque el acreedor contrató bajo condiciones de riesgo conocidas, fijando consecuentemente sus tasas de interés y garantías basadas en ello. Un cambio en la naturaleza o volúmenes de operación pueden hacer el crédito demasiado oneroso para el acreedor si mantiene los mismos términos.

2.1.4 Notificación de cambio de condiciones

El plazo que se fije para notificar cambio de condiciones puede ser vital para que el acreedor establezca su posición frente a dichos cambios. Dichas condiciones dependen de la naturaleza del crédito pero implican comúnmente notificaciones de disminución de garantía, cancelaciones de pólizas de seguro, embargos, notificaciones de demanda de terceros, etc.

2.1.5 Adquisición de seguro

Estas provisiones son comunes en nuestro medio, especialmente en obligaciones bancarias. El costo de trasladar el riesgo del bien en garantía a un tercero y el fortalecimiento de la garantía misma, tienen que ser valorados por el acreedor al establecer los términos del crédito. La adquisición de seguro es de vital importancia en contratos con garantías perecederas o en créditos en la que el acreedor se reserva el dominio del bien y lo traslada sistemáticamente o mediante opción, o simplemente cuando hay garantías hipotecarias con construcciones de cierto riesgo que garantizan el crédito. Es indispensable establecer cláusulas que permitan al acreedor asumir la calidad de asegurado además de la de beneficiario que ya posee frente al incumplimiento del deudor frente al asegurador,

3 Financial Accounting Standards Board, ente independiente que establece principios de contabilidad generalmente aceptados. En Guatemala el 'IGCPA' acoge ciertas reglas con su propia numeración.

mediante la inclusión de un endoso en la propia póliza de seguro. Estos pagos pasarán a formar parte del crédito para cómputo de intereses moratorios y deberá dejarse establecido así en la escritura.

2.1.6 Mantenimiento de capital operativo

Los niveles de capital operativo (activos líquidos menos pasivos de corto plazo) son vitales para asegurar una operación continuada. Asimismo, una baja abrupta en el capital operativo es un indicativo claro para el acreedor de una reducción en los niveles de solvencia del deudor. Este tipo de requerimientos permiten al acreedor reacciones previo a encontrarse con un deudor en completa insolvencia. Este tipo de requerimientos resultan más técnicos y efectivos que un simple: 'si se alterare la situación patrimonial a juicio del acreedor', facultando al acreedor a dar por vencido el crédito. De esta forma se permite al acreedor determinar los límites de solvencia que tolerará a la vez que permite al deudor libertad para generar las rentas suficientes para satisfacer la acreeduría. El notario debe redactar la cláusula de tal forma que los niveles de capital operativo reflejen en cada momento las necesidades del crédito. Asimismo debe asegurarse de mantener la operatividad del deudor en la forma en que lo determine el analista de crédito.

2.1.7 Provisiones de pago

El acreedor puede exigir que se cree un fondo de amortización para la obligación previo a su vencimiento. Si el pago se hace directamente al acreedor, es el equivalente a un crédito mediante amortizaciones periódicas. No obstante, el fondo de amortización puede administrarse por un tercero, (v.g. un fideicomiso, contratos de participación, sociedades mercantiles), en cuyo caso el acreedor se asegura el pago de capital mientras el deudor continúa produciendo rentas sobre el fondo de amortización. Este tipo de cláusulas es más común en deudas mediante títulos valores, especialmente en aquellas cuyo pago de intereses se hace mediante pago único al vencimiento. Si la aplicación del crédito se hace en inversiones en las cuales las utilidades no se generan en forma constante, puede hacerse uso de fondos de amortización contingente, ligados a la producción de utilidades. Si es el monto el que no es constante, la cláusula puede estipular amortizaciones variables al fondo. Nótese la diferencia de esta cláusula con algunas utilizadas en nuestro medio, especialmente en el campo bancario donde se obliga al deudor a mantener depósitos que cubran los pagos periódicos. Esto elimina el propósito de las disposiciones propuestas ya que traslada los beneficios financieros directamente al acreedor. En todo caso, las cláusulas utilizadas en nuestro medio equivalen a un pago por compensación.

La razón de ser de este tipo de disposiciones es el no impedir el desarrollo continuado del deudor mediante abonos periódicos que pueden resultar demasiado onerosos; a su vez el acreedor se garantiza la amortización del crédito, que de otra forma hubiera tenido que esperar hasta el vencimiento de la obligación. Myers[4] sugiere que este tipo de cláusulas son un instrumento para reducir la exposición del acreedor frente a la reducción esperada del valor de los activos que garantizan la deuda. Señala que los fondos de amortización serían mas frecuentes: a. Cuanto más alto sea el porcentaje de deuda relativo a los activos del deudor. b. Al ser mayores las inversiones que puede el deudor efectuar discrecionalmente y c. Cuanto más alta sea la probabilidad de que la inversión tenga una vida limitada.

2.2 Cláusulas negativas

La diferencia primordial de los efectos de éstas con las anteriores, es que las cláusulas negativas tienen un enfoque más hacia las operaciones y posición financiera del deudor mientras las cláusulas positivas tienden a solicitar reportes e información. No obstante, avances en teoría financiera extienden el campo de acción de las cláusulas positivas, las cuales, como es el caso de las provisiones de pago, tienen efectos profundos en la estructura de capital del deudor. No obstante todas las cláusulas positivas intentan mantener un estado de certeza jurídica para el acreedor que contrató en condiciones específicas. Las cláusulas negativas pretenden evitar actitudes que interrumpan o desvíen la operación del deudor de las condiciones pactadas.

4 D. Mayers, y Clifford W. Smith, 1977 en Smith/Warner, 1979

2.2.1 Convertibilidad

El acreedor se protege de un incremento en los pasivos y una simultánea reducción de capital evitando la rara, pero posible convertibilidad de acciones a deuda. Es mucho más común ver opciones concedidas al acreedor de convertir su deuda en acciones. Como ya se mencionó, esto permite reducir el incentivo de los accionistas de tomar acciones que perjudiquen al acreedor ya que éste se estaría beneficiando directamente de este tipo de actitudes si tiene opción de convertirse en accionista.

2.2.2 Cobertura de intereses

Este tipo de cláusulas prohíben al deudor sobrepasar un límite en su razón de cobertura de intereses, la cual ordinariamente consiste en ingresos antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización (IAIIDA) divididos entre costos y gastos financieros, o sea la totalidad de pagos de intereses directos o indirectos. Esto trata de impedir que el deudor contraiga más deuda de la que el acreedor pueda tolerar para su crédito, o bien exige que el deudor incremente sus ingresos, aun a costa de un mayor endeudamiento. De esta forma se evita restringir la operatividad del deudor mediante una simple prohibición de endeudamiento adicional. Este tipo de cláusulas resulta de mayor utilidad en contratos en donde se hace indispensable el asegurar la liquidez del deudor tales como la cuenta corriente ya sea bancaria o mercantil.

2.2.3 Límite de la razón o índice de deuda documentada entre flujo de efectivo

Esta cláusula hace uso de las razones financieras para calendarizar el nivel de deuda que el acreedor tolerará a lo largo de la vida del contrato. Usualmente la cláusula se redacta estableciendo la fecha en que deberá comprobar que la deuda documentada dividida entre IAIIDA se mantiene a niveles tolerables para el acreedor. Las desviaciones negativas facultan al acreedor para exigir su corrección, establecer un cambio en la tasa de interés que refleje el riesgo incremental o bien dar por vencido el crédito. Para ésta y el resto de cláusulas sugeridas que hacen uso de razones o índices financieros, se hace necesario que el notario las combine con cláusulas positivas que requieran la presentación de los estados financieros adecuados y en el momento preciso.

2.2.4 Limitación a deuda equivalente o preferencial

Mediante estas cláusulas el acreedor evita ver disminuidas sus probabilidades de recuperación prohibiendo el endeudamiento con garantías superiores o equivalentes a las suyas. Cuando el crédito carece de garantías específicas (reales o personales) es la totalidad de bienes del deudor la que garantiza su recuperación; el notario debe entonces combinarla con otras cláusulas que impidan que su posición en la gradación de créditos cambie, tal como la prohibición de convertibilidad.

2.2.5 Cambio de propietario

Las condiciones de cualquier crédito van íntimamente ligadas a la capacidad del deudor para generar la suficiente riqueza y pagar el crédito. Esto origina que en la mayoría de casos el acreedor prefiera reservarse la autorización frente a un cambio de deudor. El acreedor podrá, asimismo, evitar que el cambio de accionistas modifique sus expectativas de la probabilidad del deudor de pagar el crédito. La presencia de acciones al portador debilita este tipo de restricciones y obliga establecer otro tipo de controles que pueden encarecer el precio del crédito.

2.2.6 Fusiones y transformaciones

Las fusiones transforman automáticamente la estructura de capital de cualquier entidad, pudiendo resultar en un nuevo ente con una razón de deuda a capital mayor a la anterior. Esto implica que aunque ahora hay más activos también hay más pasivos con una reclamación sobre el total de bienes del nuevo ente. Nuestra legislación concede al acreedor un derecho de oposición frente a las fusiones (art. 260 CdC), no obstante, este tipo de cláusulas transforman de activa a pasiva la facultad del acreedor, exigiendo la autorización expresa de este último.

2.2.7 Limitación a la disposición de activos

Estas cláusulas impiden la disposición de ciertos activos que puedan resultar vitales para la producción continuada del deudor. Nuestras instituciones banca-

ias usualmente prohíben el cambio de destino del rédito, la limitación a la disposición de activos, aunque más restrictiva, es más fácil de controlar.

Estas cláusulas también contienen elementos positivos al obligar al deudor al mantenimiento adecuado le estos activos vitales. Es común ver que este tipo le actividades así como la inspección de los bienes ea delegada en terceros lo que facilita la actividad lel acreedor. En nuestro medio es frecuente una utorización al acreedor a: 'examinar los bienes, ugares de trabajo, etc.', aunque en realidad dicha nspección es tan esporádica que se torna impráctica.

2.2.8 Restricción al pago de dividendos

Cualquier pago de dividendos a los accionistas se financia con reducción en la inversión. Esto tiene dos efectos claros. El primero es el de reducir el volumen de os activos que respaldan el pago de la deuda al acreedor. El segundo efecto es el de reducir el valor esperado le los ingresos futuros al deudor por la eliminación de nversiones productivas que hubiera hecho el deudor. Hay que recordar que los dividendos 'en efectivo' no son más que una de las formas de aumentar el patrimonio de los accionistas. Estas cláusulas deberán ir más allá impidiendo ciertos mecanismos que puedan tener efectos similares tales como dividendos en acciones, recompra de acciones, modificación del valor en las acciones, etc. En nuestro medio es común que este tipo de cláusulas se redacte mediante prohibiciones a a reducción de capital o bien la más restrictiva prohibición de cualquier modificación al pacto social sin la autorización del acreedor. Hay que observar que la reducción de capital actúa como un dividendo al aumentar el valor de las acciones restantes y debe ser regulado mediante cláusulas más comprensivas. También se hace importante evitar restricciones demasiado onerosas a los accionistas que puedan incentivar actividades contrarias para los intereses de los acreedores. Esto usualmente se traduce en el establecimiento de límites dentro de los cuales podrá haber entrega de dividendos a los accionistas, o bien la posibilidad que el acreedor apruebe previamente dicha entrega.

Conclusiones

Se hace indispensable para el notario conocer a fondo los efectos de ciertas cláusulas financieras. La finalidad de estas cláusulas debe ser el facilitar y crear los incentivos para que el deudor tenga un margen cómodo para cancelar su crédito. Se reúnen aquí algunas de las cláusulas más útiles o de más uso en contratos financieros. La característica de cada crédito y su estructura de pago, las posibilidades de enforzar y supervisar el cumplimiento de ciertas cláusulas, así como las características de producción del deudor son los aspectos más relevantes para determinar la mezcla adecuada de pactos contractuales. Se hace indispensable pues, analizar de qué forma pueden materializarse en una situación particular los conflictos deudor-acreedor. Aunque ciertas cláusulas son de observancia general resulta muy poco probable que aunque dos contratos sean de la misma naturaleza pueda aplicárseles los mismos pactos contractuales.

Bibliografía

Derecho Bancario
1981 'Derecho Bancario Latinoamericano'. *Revista Felaban*. Bogotá: Editorial Kelly.

Garrigues, Joaquín
1958 *Contratos Bancarios*, Madrid.

Rodríguez Azuero, Sergio
1977 *Contratos Bancarios, Su significación en América Latina*. Biblioteca Felaban. Colombia.

Smith, Clifford W. [Warner, Jerold B.]
1979 'On Financial Contracting, An Analysis of Bond Convenats'. *Journal of Financial Economics* 7: 117-161

Warner, Jerold B.
1979 [Smith, Clifford W.; -]

EDUARDO MAYORA ALVARADO[1]

El descuento de créditos en libros, después de la reforma del código de comercio

Sumario

Introducción
1 Los enfoques principales sobre el contrato de descuento
2 El descuento en nuestro Derecho comercial
3 Consecuencias de la reforma del Código
Conclusión
Bibliografía

Introducción

Como consecuencia de la promulgación del Decreto 62-95 del Congreso de la República se reformó, entre otras cosas, el artículo 731 del *Código de Comercio*, suprimiéndose su literal 4°. Este precepto exigía, para la celebración del contrato de descuento de créditos abiertos en los libros de los comerciantes, 'que el descontatario entregue al descontador letras giradas a la orden de éste y a cargo de los deudores, en los términos convenidos para cada crédito'. Además, disponía que

> *'el descontador no quedará obligado a presentarlas (las letras) para su aceptación o pago, y sólo podrá usarlas en caso de que el descontatario no l entregue, a su vencimiento, el importe de los crédito respectivos'.*

La diferencia entre esta reforma del *Código d Comercio* y las demás que resultan del mencionad decreto es que ésta sí es sustantiva y, por consi guiente, amerita análisis cuidadoso. En las líneas qu siguen se hace un breve análisis del género contrac tual, esto es, del contrato de descuento, y luego, u enfoque más específico sobre las consecuencias jurí dico-doctrinarias derivadas de la reforma.

1 Los enfoques principales sobre el contrato de descuento

Existe, en primer lugar, bastante consenso sobre e contenido de las obligaciones propias del contrato e cuestión, en el sentido de que por el descuento s entrega al descontatario una suma de dinero, a cambi de la cesión al descontador, *salvo buen fin*, de cierto créditos de vencimiento futuro, además de la deduc ción de una suma en favor del descontador, llamad precisamente descuento.[2] No existe acuerdo, por otr

1 Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín

2 Dice Joaquín Rodríguez (1983, II:92): 'Es un contrato de *apertura de crédito* en efectivo en el que el acreditante se restituyc de crédito que concedió, mediante el cobro de los Derechos de crédito que le cede el acreditado, garantizado con letras giradas po éste a favor de aquél, y a cargo de los deudores de los créditos cedidos'.
Oscar Vásquez del Mercado (1989:409), lo describe así: 'Implica otorgar una suma de dinero al acreedor en una relación jurídica antes de que se haga exigible su crédito en contra del deudor... previa deducción de los intereses por el tiempo entre la fecha de l entrega del dinero, y aquella en que se puede exigir al tercero el pago'.
La Casación Italiana, en una sentencia del 30 de mayo de 1978 (Cfr. M. A. Bonfanti, 1993:185) 'define al descuento como contrato *real* por el cual el banco anticipa al cliente el importe de un crédito contra un tercero aún no vencido, que le es cedid *pro solvendo* y que se aprecia, en sustancia, como un *préstamo* de banco'.

parte, sobre si se trata de un contrato consensual o real. Esto es, si el contrato se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, o si por el contrario es necesaria la entrega de letras de cambio correspondientes a los créditos cedidos.

Como en el Derecho mexicano la regulación del descuento exige la transferencia de letras de cambio, los autores de ese país entienden que las mismas (las letras) se reciben en garantía y, por consiguiente, el contrato es real (no se perfecciona sino al entregarse las letras).[3] En la misma línea se ha pronunciado la Corte de Casación italiana, cuyo Derecho nacional sí define el contrato de descuento.[4]

Por otra parte, ni en el Derecho argentino, ni en el español se regula específicamente el descuento y, como consecuencia, no se considera el contrato de descuento como uno real, sino que como uno consensual (que se perfecciona con el solo consentimiento).[5]

En lo que todos coinciden es en que la cesión de los créditos, bien sea mediante el endoso de letras, o mediante la propia cesión contractualmente acordada, es siempre *salvo buen fin*.[6] Esto es decir que el descontador no asume (en algunos derechos nacionales, nunca en otros, como en el guatemalteco, salvo pacto en contrario)[7] el riesgo de que los créditos cedidos por el descontatario sean pagados.

2 El descuento en nuestro Derecho comercial

En nuestro Derecho comercial el descuento es un contrato por el que el descontatario transfiere al descontador un crédito de vencimiento futuro y éste pone a su disposición el importe del crédito, previa deducción de una suma fijada de común acuerdo. El descontatario deberá responder del pago del crédito transferido, a menos que se hubiere acordado expresamente lo contrario (Art. 729). Los créditos abiertos en los libros de los comerciantes, pueden ser objeto de descuento (Art. 739). Por consiguiente, como acaba de indicarse, el descuento en el Derecho guatemalteco establece la responsabilidad del descontatario del pago de los créditos cedidos, a menos que se pacte expresamente lo contrario. Ese pacto en contrario puede perfectamente consistir en que, al vencimiento de los créditos cedidos, si no se pagan, se substituirán por otros créditos de vencimiento futuro.

3 Consecuencias de la reforma del código

Previo a la promulgación del Decreto 62-95 del Congreso de la República, en el caso del descuento de créditos en libros, el descontador sólo podía usar las letras que el descontatario le debía entregar, si este

3 Cfr. cita anterior y Vásquez del Mercado (1989:412): 'Las letras las conserva el descontador normalmente para efecto de garantía, por ello la letra será presentada para su aceptación o pago en el caso de que el descontatario lo faculte expresamente y no entregue al descontador el importe de los créditos vencidos... De acuerdo a lo anterior entendemos entonces el contrato de descuento como un contrato real, puesto que es indispensable la entrega de los títulos'.

4 Cfr. cita 1, anterior.

5 Dice Carlos Gilberto Villegas (1989-I:616): 'El contrato de descuento... es consensual, porque queda perfeccionado con el acuerdo de voluntades, sin necesidad de que las partes efectúen entrega de cosas. El cliente entregará al banco los títulos y documentos a descontar y el banco le entregará el dinero o se lo acreditará en cuenta, pero éstas ya son prestaciones derivadas del contrato, es decir, la ejecución de las obligaciones que el contrato impone a las partes'.

6 Sobre este particular dice Manuel Broseta Pont (1991:415): 'Existe, en tercer lugar, la cláusula *salvo buen fin*, que caracteriza al descuento, en el sentido de que el Banco entrega (anticipa) al cliente el importe del crédito a condición de que el crédito recibido sea pagado por el tercero deudor el día del vencimiento, de tal forma que si no es pagado, el Banco se resarcirá a su total voluntad y elección, dirigiéndose contra el tercero deudor o reembolsándose del cliente descontante mediante la restitución del importe íntegro del crédito descontado'.
Dice también Villegas (1989-I:185): '...una de las notas esenciales del descuento se encuentra en la seguridad, representada por la garantía que supone para el banco tener a su disposición dos patrimonios ejecutables: el de su cliente y el del tercero deudor'.

7 A diferencia del Derecho francés. Cfr. Georges Ripert 1993-2:461): 'D'un certain point de vue, l'affacturage a le même objectif que l'escompte: il assure le règlement des créances des client avant leur échéance et constitue ainsi une opération de crédit. Mais il présente une grande supériorité. Le factor prend en principe (car de nombreuses autres formules sont concevables qui disqualifient cepandant et le plus souvent l'opération en un mandat) à sa charge le risque final de l'encaissement, y compris le risque monétaire et politique dans le commerce international, tandis que, dans l'escompte, le client tireur ou endosseur de la traite escomptée reste garant de la bonne fin de l'ópération et doi rembourser le banquier escompteur au cas de défaillance du tiré'.

último no pagaba el importe de los créditos respectivos al vencimiento del plazo. Es decir, el principio era un tanto distinto del indicado arriba, porque la responsabilidad del descontatario no era la regla general. Pero como esta disposición fue derogada, soy de la opinión que priva ahora para el descuento en libros el mismo principio general del descuento. En otras palabras, el principio de la responsabilidad del descontatario por el pago de los créditos cedidos, a menos que se pacte expresamente lo contrario.

De tal manera, la cláusula *salvo buen fin*, en nuestro Derecho, es elemento natural, pero no esencial del contrato de descuento, tanto en su género, como específicamente en cuanto al descuento de los créditos abiertos en los libros de contabilidad de los comerciantes.

Conclusión

La reforma del artículo 731 del *Código de Comercio* vino a significar un cambio importante, en cuanto que el descuento de créditos en libros dejó de ser un contrato real (puesto que se exigía legalmente la entrega de las letras de cambio al descontador), para convertirse en un contrato consensual, en el que la cláusula *salvo buen fin*, es un elemento natural pero no esencial del contrato porque admite pacto en contrario.

Bibliografía

Bonfanti, Mario A.
1993 *Contratos bancarios.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Broseta Pont, Manuel
1991 *Manual de Derecho mercantil.* Madrid: Tecnos.

Ripbert, Georges
1993 *Traite du droit commercial.* París: L.D.G.J.

Rodríguez, Joaquín
1983 *Curso de Derecho mercantil.* México: Porrúa.

Vásquez del Mercado, Oscar
1989 *Contratos mercantiles.* México: Porrúa.

Villegas, Carlos Gilberto
1989 *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria.* Buenos Aires: Ediciones Depalma.

A medida que avanza la intervención estatal, más se robustece la idea sobre su necesidad y con más insistencia se pide su expansión

Herbert Spencer

RICARDO MANUEL ROJAS[1]

El poder represivo del estado: ¿se justifica la existencia del Derecho penal?

Sumario

Introducción
1 El origen del Derecho penal como modo de canalizar la venganza privada
2 El Derecho penal como rama autónoma del Derecho público
3 La legislación penal como un medio de limitar el poder represivo del Estado: el principio de legalidad
4 El límite de la ley penal: la protección de derechos individuales concretos
5 El fundamento de la pena
5.1 Tesis de la Retribución
5.2 Prevención general
5.3 Prevención especial
6 ¿Qué retribuye la pena?
7 Las críticas a la prisión como medio razonable de retribución
8 La necesidad de *privatizar* la acción penal
9 La privatización de la acción aumentaría el efecto preventivo general del Derecho
Conclusiones
Bibliografía

Introducción

Existe en estos tiempos un debate filosófico que tiene una fuerte influencia sobre la legislación interna de cada país, entre quienes sostienen que es necesaria una efectiva intervención del Estado para imponer penas a quienes violan derechos ajenos, y quienes, desde distintas vertientes y con diferentes conclusiones, cuestionan al sistema penal como forma de castigo.

El estudio del Derecho en las últimas décadas, especialmente en su vinculación con la economía y la ciencia política, generó un vuelco hacia el reconocimiento de formas espontáneas de elaboración del Derecho. A partir de los trabajos de Friedrich Hayek, reivindicando los principios del *common law* anglosajón y la idea de un orden jurídico elaborado espontáneamente desde las decisiones individuales de la gente, se ha hablado mucho de eliminar los códigos y leyes escritas que, en materias civiles y comerciales, regulan las relaciones personales. Sin embargo, siempre se ha dejado a salvo la necesidad de conservar la legislación penal.

Tomando como base estos estudios críticos sobre los peligros de la legislación positiva y de la intromisión del gobierno en áreas vinculadas con la intimidad de las personas, el siguiente trabajo tuvo su origen en una observación teórica y otra práctica. La teórica fue advertir esta suerte de esquizofrenia jurídica de quienes están a favor de limitar la proliferación legal en casi todas las áreas del Derecho, pero que siempre la han justificado en materia penal, no obstante que, como manifestación del Derecho público, la legislación en esta materia tiene como destinatario de su tutela al Estado y no a las víctimas.

La observación práctica se produjo a partir de los últimos años de ejercicio de la magistratura, juzgando hechos en los que, frecuentemente, las víctimas de delitos leves manifiestan no tener interés en que se aplique una pena al imputado, no obstante lo cual el Tribunal las impone de todos modos, en nombre de un derecho que no emana de las víctimas sino del propio Estado. A ello se suma la comprobación de

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Juez Federal de la República de Argentina. Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín

que la cárcel se ha convertido en un castigo enorme e injustificado para muchas conductas, y que en nada contribuye a reparar el daño ocasionado a la víctima.

Esta falta de congruencia y la creciente indiferencia que los ciudadanos manifiestan respecto de la respuesta penal del Estado, me ha hecho pensar que posiblemente sea el momento de cambiar la naturaleza de la acción penal, poniendo a la víctima como titular de la acción y objeto de tutela, en lugar del Estado.

La finalidad de este trabajo es sentar las bases para una 'privatización' de la acción contra crímenes que hoy monopolizan la titularidad en el Estado, y con relación a los cuales el sistema penal se muestra inoperante por dos razones: 1) Por la falta de interés de las víctimas y testigos en ofrecer pruebas respecto de un proceso que le acarreará trastornos pero ningún beneficio concreto; 2) porque la prisión, como sanción fundamental en todos los sistemas penales occidentales, se muestra inadecuada, excesiva, y frecuentemente injusta.

1 El origen del Derecho penal como modo de canalizar la venganza privada

La mayoría de los autores del siglo XIX han coincidido en que el origen del Derecho penal fue la venganza de sangre ejercida sin límites ni medida por una familia contra otra.[2]

Algunos autores de este siglo, como Soler, Jiménez de Asúa o Terán Lomas, cuestionaron dicha conclusión, sobre la base de los estudios sobre antropología y etnología que proliferaron a partir de los finales del siglo pasado, en especial los de Frazer, Freud, Lévy-Bruhl o Malinowski, quienes dedujeron que en el hombre prehistórico no existía la comprensión del principio de causalidad, ni formas de razonamiento lógico, y que en consecuencia sólo puede encontrarse un rudimento de Derecho penal en la era prehistórica, ejercido como respuesta automática frente a la violación de los tabúes, basado en un carácter religioso y expiatorio, de naturaleza social, objetivo y, por ende, extensivo al grupo familiar.

Según Hendler, los hallazgos más recientes en materia de investigación antropológica permitirían distinguir dos institutos del sistema punitivo anterior a la civilización que caracterizan uno y otro aspecto de su formación normativa. Por un lado, el contenido absurdo de las prohibiciones perfectamente reflejado en el nombre genérico empleado para designarlas, adoptado por extensión del vocablo polinesio 'tabú' (o tapú). Por el otro, la índole verdaderamente salvaje de la represión llevada al extremo de perseguir a todos los miembros de la familia o el clan del transgresor, lo que le vale la designación de venganza de sangre. Su imposición, desde luego, no dependería ni concedería ninguna atención a datos de carácter subjetivo. Se la debe entender derivada, automáticamente, de la objetiva verificación del daño ocasionado.[3]

Pero sin perjuicio de estas salvedades hechas respecto de las etapas más primitivas de su desarrollo mental, es casi unánime la coincidencia en que, una vez alcanzado un grado de madurez psicológica y lógica, el hombre comenzó a justificar el castigo en la venganza.

De este modo, puede concluirse que, de ciertas reacciones feroces, automáticas y cargadas de condimentos místicos, que constituyeron las primeras sanciones de naturaleza penal en los orígenes de la evolución humana, se pasó a una respuesta más personalizada, no automática, sino justificada en una venganza que tenía cierto grado de proporción y concordancia con el daño producido.

La primera institucionalización de esta venganza se llevó a cabo a través de la religión; de allí derivan las leyes del Talión y otras formas similares de justificar normativamente la retribución penal. Los distintos cultos canalizaron y sistematizaron el modo en que los crímenes serían castigados, de acuerdo con procedimientos y leyes objetivas, que en general eran aplicadas por sacerdotes.

El sistema talional supuso una moderación de la venganza, a la que se limitó en una cantidad exactamente equivalente al daño sufrido por el ofendido: ojo por ojo, diente por diente, según la enunciación de la ley mosaica.[4]

2 Carrara, pág. 35; Cauveau y Hélie, 1872-I:2; Ortolan, 1878-I:22; Alimena, I:96-97; Cuello Calón, 1951-I:54-55. Citados por Edmundo S. Hendler, 1991:101.

3 E. S. Hendler, 1991:107

4 S. Soler, Tomo 1: 66 y sus citas.

El avance de la civilización en su intento por eliminar la subjetividad e irracionalidad de la venganza por mano propia, acabó por constituir al Estado, a través de los órganos judiciales, en el receptor y conductor de la respuesta penal, con el propósito de evitar abusos e injusticias.

Pero la estatización de la respuesta a la violencia, que en los primeros tiempos se ejercía en nombre y para satisfacción de la víctima evitando la intervención directa y los abusos de la justicia por mano propia, con el tiempo pasó a convertirse exclusivamente en una respuesta del Estado para satisfacer un interés propio. El castigo dejó de aplicarse directamente en nombre del particular ofendido por el crimen, de su familia o del clan, y éstos sólo constituyeron la excusa para que el Estado aplicara el castigo para su propia satisfacción, sin tener en miras el resarcimiento de la víctima.

Las sanciones penales cambiaron completamente su naturaleza. Dejaron de ser una forma de satisfacer el daño producido a una víctima concreta, y pasaron a ser un castigo impuesto por el Estado y para el Estado. Aun las sanciones de carácter pecuniario mutaron su esencia, y de la indemnización a la víctima se pasó a la multa.

El suplicio, la mutilación y la muerte fueron formas comunes de ese castigo, y con el correr del tiempo, la prisión apareció como una manera de humanizar la retribución penal.

2 El Derecho penal como rama autónoma del Derecho público

La estatización de la respuesta penal en reemplazo de la venganza privada, hizo que el Derecho penal adquiriera el carácter de Derecho público.

Hoy en día es pacífica la aceptación de que el Derecho penal es una rama autónoma del Derecho público, que rige la relación entre los individuos y el Estado, y regula el poder punitivo de este último.

El Derecho penal, como manifestación del Derecho público, actúa independientemente aun de la voluntad de las víctimas. El grueso de los delitos son de acción pública, es decir, que el titular de la acción penal es el Estado, que la ejerce a través del órgano jurisdiccional destinado al efecto. Por ello, no obstante que la víctima de un robo no tenga interés en que se castigue al ladrón, e independientemente de que éste la hubiese recompensado con creces por su acción, de todos modos el Estado, ejerciendo la titularidad de la acción penal, lo juzgará y le aplicará una pena.

El reconocimiento del Derecho penal como rama autónoma del Derecho Público supone aceptar que el Estado tiene una personalidad propia e independiente de los ciudadanos, y que tiene sus propias finalidades y prioridades, ejerciendo facultades coactivas en nombre propio y en su propia protección.

Si bien la mayoría de los autores se niega a aceptar la existencia de lo que algunos llaman el 'Derecho penal subjetivo'[5] -es decir, el reconocimiento del derecho del Estado a aplicar penas en su propio nombre-, lo cierto es que en los hechos, aun cuando se invoque la tutela del derecho de las víctimas o la necesidad de proteger a la sociedad como justificativos para ejercer la 'obligación' de castigar, las víctimas apenas son tenidas en cuenta, y en definitiva, tanto las figuras penales como las penas, son establecidas discrecionalmente por el Estado.

Si bien la confección de una figura típica siempre está referida a un bien tutelado por el Derecho, ese bien jurídico es sólo el fundamento para la aplicación de una pena estatal, y el verdadero titular del bien lesionado no tiene participación en el proceso de retribución, más allá de actuar como querellante adherido al órgano estatal que es el verdadero titular de la acción.

Así, por ejemplo, en los delitos de hurto, robo o estafa, el bien jurídico tutelado es la propiedad, pero la sanción penal no se ejerce para satisfacer a los titulares de la propiedad damnificada, sino que ese perjuicio es sólo la justificación para poner en marcha la respuesta represiva estatal. El juicio penal no tendrá por objeto proteger el Derecho de propiedad de la víctima y satisfacerla por los daños sufridos, sino aplicar un castigo al violador del Derecho, aun cuando la víctima no lo pida.

La ficción jurídica que supone reconocer la personalidad del Estado, es llevada al extremo de invocar la necesidad de que exista una 'política criminal', es decir, un curso de acción del Estado, a través de sus órganos,

5 E. R. Zaffaroni, 1987-I: 33 y sgts.

que decida cuáles son las conductas que se consideran más lesivas a sus intereses y, en consecuencia, crear ciertos delitos, aumentar determinadas penas, o estimular la actuación de los órganos de represión y persecución para que se enfoquen fundamentalmente sobre ciertos delincuentes. Del mismo modo, un cambio en la 'política criminal' puede dejar sin protección a otras conductas que, aun cuando supongan violar derechos individuales, su tutela no le 'interesa' al Estado.[6]

Se ha justificado la existencia del Derecho penal en la necesidad de establecer una suerte de sistema de protección social, considerando que ciertas conductas lesivas a derechos individuales exceden el marco de lo que es pernicioso simplemente para la víctima, y provocan un peligro común al resto de la comunidad, lo que justifica elaborar mecanismos de protección social y en definitiva establecer un sistema represivo que imponga penas como castigo, independientemente del resarcimiento a la víctima.

Podría encontrarse cierta similitud entre esta forma de fundar la existencia del Derecho penal, y la justificación que más modernamente se ha dado a otras intromisiones estatales en cuestiones privadas, como, por ejemplo, en la protección del ambiente.

En efecto, el creciente intervencionismo legal en esa materia se ha fundado en la llamada 'teoría de los intereses difusos'. Según esta teoría, ciertas conductas, más allá de que pudieran eventualmente ocasionar perjuicios a personas determinadas, están afectando intereses de la comunidad en su conjunto, sin que puedan discriminarse a todos los damnificados concretos, y ello justificaría la intervención del Estado, para proteger esos intereses que de otro modo no tendrían protección en el estrecho ámbito del Derecho civil, que se basa en la necesidad de demostrar la relación causal entre el hecho y el perjuicio.

Por supuesto que como lo que se protege es un interés 'difuso' de la comunidad, el sujeto activo es el Estado, como representante de ese interés, y las acciones que él entabla contra los contaminadores acaba teniendo naturaleza penal y no resarcitoria del daño ocasionado a las víctimas.

Pero la lógica indica que si una conducta vulnera de algún modo derechos o intereses de personas determinadas, tutelables jurídicamente, ellas deberían tener el derecho de actuar en su propio nombre e interés. La aparente dificultad que pudiese existir para determinar el grado de lesión o la identidad del lesionado, no pueden justificar transferir la acción, de la víctima al Estado.

Sobre este tema he de volver cuando examine la alternativa que un sistema de protección exclusiva de derechos individuales frente al actual sistema de represión penal.

3 La legislación penal como un medio de limitar el poder represivo del Estado: el principio de legalidad

Hoy en día se considera al principio de legalidad como uno de los pilares básicos vinculados con el Derecho penal liberal. Según el principio de legalidad, tanto las conductas que constituyen delitos como las penas que merecerán quienes las cometan, deben estar previamente establecidas en una ley que tenga la posibilidad de ser conocida por las personas con anterioridad a la comisión del hecho.

La idea básica del principio de legalidad es que sólo cuando las personas tienen la posibilidad de saber que ciertas conductas son contrarias al orden jurídico y penadas por la ley, se justifica la aplicación de dichas penas.

Ello se explicaría, no sólo como una forma de proteger a los individuos ante su eventual desconocimiento de que una conducta determinada es lesiva al orden jurídico, sino como un modo de limitar el poder de los jueces, pues de lo contrario quedaría a su arbitrio la aplicación de sanciones.

Sin embargo, si se bucea por la historia del Derecho, es posible advertir que, por ejemplo, en el Derecho anglosajón no existió el principio de legalidad tal y como hoy es concebido, y tampoco existió en el Derecho internacional, en el cual se consideraba que

6 Hoy en día, por ejemplo, la mayoría de los gobiernos emplea cuantiosos recursos y apunta sus cañones hacia las personas que deciden fumar marihuana o inhalar cocaína, del mismo modo que hace algunos años lo hacían contra quienes bebían alcohol. Esas personas, en general, no le ocasionan mal a nadie más que a ellas mismas. Pero el propio Estado es el causante de muchos males concretos cada vez que una política económica estatal altera el funcionamiento del proceso de mercado o viola lisa y llanamente el Derecho de propiedad, y contra tales lesiones la víctima carece de protección legal

as conductas contrarias al 'Derecho de gentes', debían ser castigadas en todos los países civilizados, y justificaban la extradición de criminales aun sin la existencia de tratados internacionales.

El principio de legalidad apareció en el Derecho continental europeo, y se considera a Feuerbach como quien lo postuló explícitamente por primera vez.

Puede sintetizarse el pensamiento de Feuerbach, a través de estos párrafos de su *Tratado de Derecho Penal*:

*'Toda forma de lesión jurídica contradice el objetivo del Estado, o sea, **que en el Estado no tenga lugar ninguna lesión jurídica**. Por ende, el Estado tiene el derecho y el deber de hallar institutos mediante los cuales se impidan las lesiones jurídicas'.*

'Las instituciones que requiere el Estado deben ineludiblemente ser instituciones coactivas, fincando en ello, primordialmente, la coerción física del Estado...'

'Pero, de cualquier modo, la coerción física es insuficiente para impedir las lesiones jurídicas, dado que la coerción previa únicamente es posible cuando tiene como presupuesto hechos reales que permiten al Estado reconocer la certeza o probabilidad de la lesión...'

'Si de todas formas es necesario que se impidan las lesiones jurídicas, entonces deberá existir otra coerción junto a la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica y que, proviniendo del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. Una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de índole psicológica'.

*'Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa **que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho**'.*

'El mal conminado por una ley del Estado e infligido en virtud de esa ley es la pena civil (poena forensis). La razón general de la necesidad y de la existencia de la misma -tanto en la ley como en su ejercicio- es la necesidad de preservar la libertad recíproca de todos mediante la cancelación del impulso sensual dirigido a las lesiones jurídicas...'

'El fundamento jurídico de la pena es la causa de la que depende la posibilidad jurídica de la pena. Fundamento jurídico: I) De la conminación de la pena, es la concordancia de la misma con la libertad jurídica del conminado, así como la necesidad de asegurar los derechos de todos es la razón que funda la obligación del Estado a conminar penalmente. II) El fundamento jurídico para infligir la pena es la previa conminación legal'.[7]

Como se puede apreciar, Feuerbach encontraba dos funciones básicas al principio de legalidad: 1) servir como disuasivo para que las personas no cometan delitos, al saber que si lo hacen serán castigadas; 2) proteger la libertad de acción de las personas, al advertirles previamente qué es lo que no deben hacer, pues de lo contrario serán pasibles de pena, y de ese modo garantizar su libertad para hacer todo lo demás.

A partir de Feuerbach, los teóricos del Derecho penal consideraron necesario que exista una ley previa que defina las conductas descriptas como delitos, y este principio fue elevado al rango de garantía constitucional en la mayor parte de los derechos modernos. A ella se agregó la garantía de que la ley defina también la especie y monto de la pena que se puede imponer a quienes cometen delitos.

Si se examina el fundamento del principio de legalidad según Feuerbach, se encontrará que es el 'derecho y el deber' del Estado de evitar las lesiones jurídicas. El fundamento de elevar este principio al rango de garantía constitucional es el hecho de que, siendo el Estado quien ejerce esta potestad en su propio nombre y satisfacción, es necesario ponerle límites a su actividad punitiva. El primero de esos límites es exigir que una ley defina el área de lo punible.

7 Feuerbach, I:58

La consecuencia que se extrae de esto es que el principio de legalidad surgió como una forma de ponerle límites al avance del estatismo. En el primitivo Derecho anglosajón, donde no existía la tajante diferencia entre el Derecho penal y el civil, los jueces castigaban aquellas conductas que suponían violaciones a derechos individuales, y para ello no necesitaban ninguna ley previa que definiera las conductas criminales. Todos sabían que matar, robar o estafar estaba mal, y si lo hacían, consideraban lógico que se les impusiera un castigo. Además, ese castigo se imponía como consecuencia de una demanda concreta de la víctima, que era el titular de la acción y la ejercía en su propio nombre.

La 'ley de la tierra' o el *common law* no eran otra cosa que los principios de convivencia y respeto elaborados durante siglos y mantenidos a modo de costumbre.

Tampoco el Derecho internacional tuvo un principio de legalidad internacional, hasta que se generalizaron los tratados. La cooperación internacional, la represión de crímenes y la extradición de delincuentes se hacía sobre la base del 'Derecho de gentes', del 'Derecho natural', de las prácticas de las 'naciones civilizadas', o de principios similares. Todas estas expresiones se identificaban con el principio de que quien agrede la vida o los derechos de otro, merece un castigo.

Pero en la medida en que el Estado comenzó a intervenir legalmente en la vida privada de la gente, y aumentó su actividad de planificación, especialmente en el área económica, ciertas conductas que originalmente no significan violar los derechos de nadie -y que, por lo tanto, en la esfera de un Derecho primitivo de carácter privado no tendría la posibilidad de constituir el objeto de una demanda- comenzaron a ser castigadas penalmente. Así, por ejemplo, si una persona viaja al país vecino y trae de él ciertas mercancías que compró legítimamente, pagando a su dueño anterior un precio pactado de común acuerdo, y las introduce al país, puede cometer el delito de contrabando, a pesar de que con su actitud no haya violado ningún derecho individual.

Precisamente esta extensión de los hechos considerados delictivos, hizo necesario que los ciudadanos tuvieran alguna forma de conocer previamente cuáles son las conductas prohibidas, y allí nació la necesidad de que exista una ley previa que defina los delitos.

El problema se debió solucionar eliminando la intromisión penal del Estado en materias que no constituyan violaciones a derechos individuales, en lugar de crear garantías constitucionales para mitigar los efectos de tal intromisión. Ello demuestra que, finalmente, al convertirse el Derecho penal en Derecho público e imponer penas en nombre y para satisfacción del Estado, el propio Estado lo utilizó como herramienta de sometimiento, y los principios y garantías constitucionales debieron surgir como paliativos para proteger la libertad individual.

4 El límite de la ley penal: la protección de derechos individuales concretos

Desde una visión liberal del rol del gobierno, según la cual éste debería limitarse a proteger derechos concretos: los bienes jurídicos tutelados por las leyes penales deberían coincidir y circunscribirse a los derechos individuales.

Es posible tomar una antigua clasificación doctrinaria y legislativa entre crímenes y delitos, a la que se ha dado otros significados, para marcar un contexto limitativo de esta rama del Derecho.

En el Derecho francés se estableció tal distinción sobre la base de la diferencia en la magnitud de la conducta, es decir, que el crimen supone una conducta más grave que el delito.

En el Derecho alemán, como señala Maurach, se produjo a principios del siglo XIX un cambio terminológico en esta ciencia, que pasó de Derecho criminal a Derecho penal, lo que, según él, se debió especialmente a la aparición del principio de legalidad, que dio un vuelco a la mecánica propia del Derecho penal.

En efecto, según Maurach, con el Derecho penal se abandonó el Derecho consuetudinario, basado en el poder ilimitado del juez, y se sujetó al Derecho penal a una elaboración primordialmente legal.[8]

Pienso que es posible utilizar esta misma distinción entre crimen y delito, con un significado totalmente distinto.

El crimen, como un hecho filosófico, puede ser definido como toda violación a un derecho individual concreto; es decir que cada vez que una persona

8 R. Maurach, 1994-I:5.

entre en contacto con la vida, la integridad física o los derechos de otra en forma ilegítima, comete un crimen. El delito, como concepto jurídico, se vincula con una acción típica, antijurídica y culpable, esto es, con una conducta respecto de la cual, una ley prevé una pena para su autor.

Ambos conceptos no necesariamente tienen que coincidir. Es posible que existan violaciones a derechos individuales que no hayan sido sancionadas como delitos por la ley, y por otro lado, que existan delitos que no sean violaciones a derechos individuales.

Una visión liberal del Derecho penal debería buscar la coincidencia entre ambos, es decir, que ninguna conducta que implique violar un derecho quede impune, y que sólo las conductas que suponen violar derechos individuales concretos sean penadas.

Sin embargo, frecuentemente se advierte que esta distinción entre crimen y delito existe y está bien marcada. Muchos delitos habitualmente tipificados en los códigos penales no presuponen violaciones a derechos individuales concretos, y esto se ve, sobre todo, en lo que se ha dado en llamar el Derecho penal económico, que es una herramienta del Estado para llevar adelante ciertas políticas económicas, cuyo cumplimiento asegura con la amenaza de una pena para acciones particulares que, en definitiva no significan violar los derechos de nadie.[9]

Uno de los límites fundamentales que se puede encontrar en la facultad punitiva del Estado es, entonces, el de que por vía de la legislación penal sólo deberían reprimirse conductas que impliquen agresiones concretas, para así cumplir con la función básica del gobierno que es la protección de los derechos.

Sin embargo, al haber sustituido el Estado a la víctima en su rol de sujeto de protección penal, la lista de bienes jurídicos tutelados ha crecido casi sin límites, con los consecuentes peligros para la libertad individual, y muchos de esos nuevos bienes jurídicos que gozan de la protección penal se vinculan con meros intereses del Estado.

5 El fundamento de la pena

Dejando de lado las posiciones abolicionistas, existen tres teorías tradicionales que justifican la imposición de la pena por parte del Estado, no obstante los esfuerzos de muchos autores modernos, como Roxin, por elaborar teorías integrativas de las tres principales:

5.1 Tesis de la retribución

Según la tesis retribucionista, el sentido de la pena radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, justificado en el mal del delito.

La retribución fue históricamente la primera justificación de la pena, en sus inicios con un contenido religioso. Más modernamente, esta tesis absoluta fue sostenida en especial por Kant, quien justificó la imposición de la pena en el libre albedrío, desconociendo cualquier fundamento en razones de utilidad social. Para Kant, el autor de un delito debía responder porque tenía la libertad de comportarse de otro modo, y sin embargo eligió delinquir.

Puede decirse que la teoría retributiva es la que más tiene en cuenta la conducta concreta del autor y menos los intereses de la sociedad, aun cuando, en definitiva, por ser el Derecho penal manifestación del Derecho público, el castigo al autor de un delito siempre se funda en la necesidad de preservar a la sociedad frente a quien ha decidido cometerlo.

5.2 Prevención general

Según las teorías que se engloban bajo el nombre genérico de prevención general, la pena debe evitar los delitos, mediante la producción de efectos psicológicos sobre la generalidad de las personas.

Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas, pues su justificación esta-

9 Por ejemplo, quien no respeta un precio máximo, no llena ciertos formularios, introduce al país mercaderías sin el control estatal, etc., está violando leyes que, en muchos países, prevén penas de prisión para quienes realizan estos actos.
Sin embargo, dichas personas no han violado el derecho de nadie, y sólo han infringido decisiones del Estado de dudosa legitimidad para intervenir en el mercado en procura de intereses estatales. Es decir, en la clasificación antes sugerida, son delincuentes pero no criminales.
Por el contrario, todos los funcionarios públicos que, aplicando dichas leyes, impiden o entorpecen el libre comercio o violan el libre ejercicio del Derecho de propiedad, cometen crímenes que no han sido definidos como delitos, y por lo tanto sus autores no son pasibles de castigo. Estos funcionarios son criminales, pero no son delincuentes.

ría dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores.

La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere su mayor efectividad con su imposición y ejecución. La ejecución de la pena tiene lugar 'para que la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza'. Se entiende que la comninación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza.[10]

Según Gimbernat Ordeig, el Derecho penal tiene que acudir a la pena para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones -con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas- un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibidor.[11]

Pienso que no puede admitirse la prevención general como forma autónoma de justificación de la pena. Si bien la amenaza de sanción, y la efectiva aplicación de una pena tiene una consecuencia disuasoria respecto de otras personas que han pensado en violar derechos, y también lo tiene para el mismo criminal al que se ha condenado, no es aceptable justificar la aplicación de una pena en esa función disuasoria.

La prevención general ha tenido mucha influencia en lo que se conoce como la 'política criminal', es decir, el conjunto de decisiones estatales respecto de las estrategias a seguir para la persecución penal, lo que incluye establecer cuáles delitos han de perseguirse con mayor cuidado, cuáles conductas merecen mayor castigo, y cuáles conviene despenalizar o tolerar, en un momento y un lugar determinados; todo ello con la intención de dar determinadas señales a la comunidad respecto de cuál es la conducta esperada por el gobierno en un momento y un lugar determinados.

Por ejemplo, supongamos que se generaliza el robo de estéreos de automóviles en las calles de una comunidad. La política criminal -basada en este caso en ideas que provienen de la teoría de la prevención general- indicaría que conviene aumentar la pena del robo de estéreos. Ello llevaría a justificar que en un caso concreto, quien realiza una conducta idéntica, o tal vez menos gravosa que otro, merecerá una pena superior como un modo de disuadir al resto de la sociedad de que no repita su ejemplo.[12]

Si el fundamento de la pena es la violación de un derecho individual concreto, la procedencia de un castigo y su magnitud deberían estar vinculados con la entidad de la lesión concreta, y no con el interés del Estado de que no se repitan conductas de ese tipo

5.3 Prevención especial

Bajo el punto de vista preventivo-especial, sólo es indispensable aquella pena que se necesita para evitar la reincidencia de cada autor en concreto. La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira al pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor.

Según lo postuló originalmente von Liszt, la prevención especial actúa de tres maneras: a) corrigiendo al corregible (resocialización); b) intimidando al intimidable, y c) haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.[13]

---

10 Stratenwerth, 'Strafrecht. Allgemeiner Teil-Die Straftat', en L. García, 1992:43.

11 L. García, 1992:43-44.

12 En Argentina, por ejemplo, para establecer una protección especial para los automóviles, a los que en aquella época se consideraba bienes muy valiosos y especialmente desprotegidos, en 1958 se establecieron penalidades particularmente altas para el robo de automotores, llegando al punto en el que, el robo de un automotor con armas tiene una pena superior a la del homicidio.
De este modo, una persona que roba un maletín con un millón de dólares, tiene una pena que va de un mes a seis años de prisión, mientras que quien roba un automóvil viejo, que no valga más de mil dólares, merece una pena que va de tres a diez años de prisión, y si lo hace con armas, se eleva a una sanción de nueve a veinte años de prisión. Entre los fundamentos para el aumento de la pena, estuvo la intención de desalentar los robos de automóviles.
El Tribunal que integro declaró la inconstitucionalidad por irrazonabilidad de esta norma.
Hace algunos años, cuando el robo de estéreos de automóviles era muy grande en Argentina, como modo de disuadir a los delincuentes se presentó un proyecto de ley por el que expresamente se disponía que quienes cometieran estos hechos no podrían ser excarcelados.

13 Von Liszt, 1:126 y siguientes. Otros autores reducen estos fines a una función de seguridad y resocialización (Otto, 'Grundkurs', p. 18-19, 1, 11, 7) o fines de educación y de seguridad (Naucke, 'Strafrecht-Eine Einführung', p. 47) o coacción psíquica y remoción de las disposiciones psíquicas, que llevan a la delincuencia (Stratenwerth, 'Strafrecht. Allgemeiner Teil-Die Straftat', p 20); citados por L. García, 1992:38.

Tampoco encuentro justificación adecuada al sistema penal en la prevención especial. La idea de la 'resocialización' supone, por una parte, establecer un patrón de lo que es una persona socialmente apta para convivir con los demás, y un código total de valores que el 'resocializador' le aplicará a quien viole un derecho ajeno. Ello supone convertir a algún funcionario del gobierno en una especie de 'Regente Moral' que establezca los patrones de la 'adaptación social' y establezca los mecanismos más aptos para la 'resocialización'.

Ciertos autores, sobre la base de una antigua clasificación escolástica, dividen a las teorías sobre la justificación de la pena en absolutas y relativas. Las teorías absolutas se identifican con las retribucionistas, que conciben a la pena como fin en sí mismo, como castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco. Las teorías relativas o utilitaristas, consideran y justifican a la pena sólo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos.

Las teorías relativas quedan divididas, a su vez, en las doctrinas de la prevención especial, que refieren el fin preventivo a la persona del delincuente, y doctrinas de la prevención general, que lo refieren por el contrario a la generalidad de los asociados.[14]

Según Ferrajoli, la distinción entre las justificaciones absolutas o retribucionistas y las relativas o utilitarias, se halla expresada del modo más nítido en la frase de Séneca: las justificaciones del primer tipo son *quia peccatum*, es decir, miran al pasado; las del segundo son *ne peccetur*, esto es, miran al futuro.[15]

Si el justificativo de la existencia del gobierno es la necesidad de proteger derechos individuales concretos, sólo puede actuar el sistema judicial para evitar la lesión o en todo caso para paliar sus consecuencias y resarcir a la víctima, pero no se justifica el rol del gobierno como un 'corrector' o educador, lo que supone una intromisión terriblemente peligrosa en la esfera de libertad individual, que aun a quien ha cometido un crimen debe respetarse. Además, la práctica ha demostrado que detrás de todo intento 'resocializador' existe un trasfondo ideológico que hace más peligrosa aún su aplicación.

Por ello, pienso que la única justificación de la intervención estatal es la protección de los derechos lesionados, y por eso coincido con la tesis retribucionista. No obstante ello, reconozco y acepto las críticas que se han hecho a estas teorías modernamente, y a las que incluso comparto, pues tienden a acentuar el rechazo del Derecho penal como castigo del Estado y por el Estado, lo que carece de una justificación racional.

6 ¿Qué retribuye la pena?

Si el Derecho es el medio de garantizar la coexistencia pacífica entre las personas, y el Derecho penal específicamente es el medio de retribuir a los que cometen ciertas conductas violatorias de derechos individuales, vemos que esa retribución, en primer lugar, no se hace en nombre de la víctima sino del Estado, y en segundo lugar, tal retribución no implica ningún tipo de satisfacción específica para la víctima, sino que supone simplemente la satisfacción de una prerrogativa del Estado frente al individuo al que se castiga.

Esta circunstancia ha sido uno de los fundamentos más fuertes enunciados por los críticos a las tesis retribucionistas, al sostener, como ha hecho Roxin, que 'considerándolo racionalmente, no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena'.[16] Es que, precisamente, la única manera de justificar la sanción penal, e sa través de la ficción de suponer que la conducta del imputado está afectando los intereses y derechos de un ente ideal, como es el Estado.

Normalmente, la víctima se ve sometida a varias cargas, como las de concurrir a la comisaría y a los tribunales para prestar declaración, pero no obtiene a cambio nada más que la eventual satisfacción de saber que la persona que violó sus derechos fue encarcelada.

Precisamente esta satisfacción que la aplicación de una pena al criminal daría a la víctima, o en una visión más amplia a toda la sociedad, en los tiempos

14 L. Ferrajoli, 1995:253 y sus citas.
15 Séneca, 1986:63; en L. Ferrajoli, 1995:253.
16 C. Roxin, 1976:14.

modernos se está poniendo en dudas por dos circunstancias:

a El avance de la civilización hace que la gente tienda a sentir cada vez menos satisfacción por el sufrimiento ajeno, aun para quien ha violado algún derecho.[17]

b Si se le diera la posibilidad a la víctima de elegir entre que el imputado vaya a la cárcel y ella no obtenga nada a cambio, o que el imputado quede en libertad, pero que se lo obligue a pagarle una indemnización por el daño que le produjo, o a realizar ciertos trabajos en su beneficio personal, pienso que en la mayoría de los casos las víctimas elegirían esto último.[18]

De todos modos, como las valoraciones individuales de las personas no pueden ser adivinadas a priori, no es posible asegurar que las víctimas siempre preferirían la indemnización al encierro del criminal, pero lo cierto es que el Derecho penal no le da la opción de elegir, pues su papel es secundario dentro del proceso.

Existe hoy una preocupación teórica, plasmada en algunas legislaciones, en considerar un poco más a la víctima dentro del proceso penal, creándose académicamente la asignatura de 'Victimología', y algunos departamentos gubernamentales destinados a velar por los derechos de las víctimas. Pero estos intentos no alcanzan a cambiar la naturaleza del proceso penal, en el cual la víctima es sólo un dato, un requisito que es preciso cumplir para poder aplicar una pena, pero tanto la categorización de delito como el monto y modo de cumplimiento de la pena, quedan a cargo del Estado, y éste los ejerce en su nombre y propia satisfacción.

Resultan elocuentes las observaciones de Hassemer respecto de la situación de la víctima en el Derecho procesal penal alemán, que pueden identificarse con las del resto de los procedimientos:

> *'La posición de la víctima en el Derecho penal y en el proceso penal se caracteriza por su participación parcial en cuestiones de poca trascendencia y por un alejamiento general respecto de las cuestiones de importancia. La persecución de los delitos sólo se hace depender de la denuncia o querella de la víctima en los supuestos de escasa relevancia social del hecho, siendo en los demás casos competencia de la autoridad de decisión sobre la instrucción y la acusación. La querella del particular sólo se autoriza respecto de los delitos cuyo tipo comporta un reducido interés público y el mismo principio. El monopolio público de la persecución penal sólo se ve levemente afectado a través del procedimiento especial para compeler a la promoción de la acción pública'.*
>
> *'La cuestión de la reparación de daños inferidos a la víctima es algo accesorio para el Derecho penal. Los beneficios patrimoniales obtenidos por el delincuente no se restituyen a la víctima sino que son objeto de comiso. El denominado procedimiento de adhesión, que ha establecido la StPO para el resarcimiento de la víctima, no desempeña un papel relevante en la práctica porque no se acomoda al sistema del proceso*

17 La práctica del Tribunal que integro me ha demostrado que habitualmente, las víctimas que concurren a las audiencias de los juicios orales como gestates, especialmente respecto de delitos de escasa peligrosidad y que no llegaron a consumarse, no tienen interés en que el enjuiciado vaya a la cárcel. Es más, en muchas ocasiones hacen manifestaciones durante el juicio, en el sentido de que no quieren que esa persona vaya presa, que le da lástima, y que en definitiva no alcanzó a llevarse el dinero, por lo que no se sentía perjudicada.
En estos casos, cuando el Tribunal condena al procesado, es evidente que no lo hace para retribuir el mal sufrido por la víctima, sino en nombre de una potestad estatal autónoma.

18 Una demostración empírica de esta impresión la he tenido en mi Tribunal, en aquellos casos en los que he podido echar mano de la *probation* o suspensión de la causa a prueba.
Cuando el procesado y su defensor solicitan la suspensión durante el juicio, lo primero que deben ofrecer es una reparación del daño ocasionado, lo que se debe comunicar a la víctima, que casi siempre ya declaró como testigo y espera en dependencias anexas del Tribunal.
Entonces se puede apreciar cómo esa persona -que generalmente llegó fastidiada porque además de haber sido víctima de un crimen debe perder toda una mañana o un día para concurrir al juicio, aún cuando ya declaró ante la policía y el juez de instrucción, cambia su actitud ante la noticia de que podrá irse del Tribunal con algo de dinero para reparar los perjuicios sufridos. Aun cuando el ofrecimiento de reparación no alcance para pagar por todos los perjuicios, de todos modos la idea de poder obtener un resarcimiento sin necesidad de hacer un juicio civil, buscar un abogado que lo represente, etc., suele ser para las víctimas mejor noticia que la condena del procesado.

penal alemán. La satisfacción del interés de la víctima mediante la difusión pública de la sentencia está prevista en muy reducidos casos...'

'El Derecho penal aleja a la víctima de su polar ubicación frente al delincuente y ocupa por sí mismo esa posición, relegando a la víctima al ámbito de la previsión social y al Derecho civil sustantivo y procesal, en donde de modo activo y dirigiendo el proceso habrá de reclamar su derecho a la restitución, a la reparación material y a la indemnización de daños y perjuicios. En el Derecho penal la víctima queda neutralizada, limitada a la participación como testigo en el esclarecimiento del hecho y con los rudimentarios derechos a la conformación del proceso que se han mencionado'.[19]

En el Derecho alemán, la naturaleza de la acción penal cambió cuando se pasó de la venganza y la faída, que estaban a cargo del ofendido y en su caso, de sus parientes (*sippe*), al sistema de la *composición* y la transmisión de la víctima al Estado de las multas impuestas al delincuente. En efecto, la venganza fue en primer lugar sustituida por la imposición de prestaciones expiativas y de multas que indemnizaban al ofendido. El Derecho penal estatal se estableció cuando el Estado se constituyó en receptor de la indemnización, desplazando a la víctima.[20]

La justificación de la estatización monopólica de la represión penal se basó en la necesidad de evitar la venganza y la justicia por mano propia, que en muchos casos acaba respondiendo a la violencia con más violencia, al delito con más delito, convirtiendo a la víctima en un propio foco de criminalidad.

Sin embargo, pienso que no es la estatización de la acción penal lo que permite evitar la justicia por mano propia, sino el establecimiento de procedimientos adecuados que permitan encauzar los legítimos derechos de la víctima a una reparación y a un castigo a su agresor, por la vía de la legalidad objetiva impartida en un tribunal de justicia en el que rijan los principios de defensa en juicio y debido proceso.

El monopolio de la acción penal por parte del Estado, puede llevar, como frecuentemente lo hace, a reemplazar el peligro de la violencia privada a través de la justicia por mano propia y la venganza sin límites, por la violencia pública e institucional, que es mucho más peligrosa y difícil de combatir.

Si la función de la pena es retributiva, y en una sociedad libre no se debería retribuir en nombre y para satisfacción del Estado sino en nombre y para satisfacción de la víctima, no se advierte diferencia entre el Derecho civil y el penal, a no ser por el alcance de las sanciones que el juez podría imponer (en el Derecho civil se excluyen ciertas medidas resarcitorias y sanciones propias de la esfera penal).

La pretensión de irracionalidad que los modernos penalistas atribuyen a la teoría retributiva, parte de la base de considerar que el fundamento de la pena es la potestad estatal de aplicarla. En tal contexto, coincido en que el castigo por el castigo mismo, sin otro justificativo, no tendría sentido para ser puesto en cabeza del Estado.

Pero el error está en tratar de resolver este problema vinculado con el justificativo de la pena, ampliando las facultades del Estado, y dándole el nuevo carácter de 'tutor' o 'corrector' de las conductas individuales. Esto agrava aún más el problema, pues ya no se le reconoce al Estado solamente la facultad de castigar violaciones a derechos individuales, sino que se lo convierte en una suerte de Regente Moral de la conducta de las personas.

No se justificaría que el juez intervenga con el propósito de 'resocializar' a una persona, o de darle una advertencia a él y al resto de la sociedad de lo que le sucederá si viola derechos. En un contexto de justicia destinada a intervenir exclusivamente en protección de derechos individuales concretos, sólo se justifica la intervención del juez frente a la violación de un derecho concreto, pero entonces aparece el contrasentido descripto en los párrafos anteriores: en realidad se está retribuyendo en nombre del Estado y no en nombre de la persona cuyos derechos fueron violados.

7 Las críticas a la prisión como medio razonable de retribución

Gran parte de la escuela que en los últimos tiempos ha crecido en el mundo bajo el nombre genérico de

19 W. Hassemer, 1984:90 y ss.
20 *Ibidem*, 93.

'abolicionismo', y surgió especialmente en Europa a partir de los trabajos de Foucault, Baratta, Hulsman, Pavarini, etc., suponen una crítica a la existencia del Derecho penal.

El abolicionismo penal constituye un conjunto heterogéneo de teorías, doctrinas y actitudes unificadas por la negación de cualquier clase de justificación o legitimidad externa de la intervención punitiva sobre la desviación, por parte del Estado.

Como señala Ferrajoli,

> *'Los presupuestos filosóficos y las propuestas políticas de semejantes orientaciones son de lo más dispares: desde el mito dieciochesco del 'buen salvaje' y de la pretérita y feliz sociedad primitiva sin derecho, a las prefiguraciones anarquistas y marxistas-leninistas del 'hombre nuevo' y de la futura y perfecta sociedad sin estado; de las doctrinas apologéticas de la desviación y de la sociedad desregulada y libremente violenta, a las palingenésicas del fin de la desviación y de la sociedad perfectamente autorregulada y pacífica'.*[21]

Si bien bajo el paraguas del 'abolicionismo' se cobija una diversidad de tendencias -varias de las cuales son de corte netamente político-, el diagnóstico que la mayoría de estos autores hace es aceptable. Se dice que, por un lado, la amenaza con prisión es una herramienta de poder en manos del Estado, muy peligrosa para la libertad individual, pues los delitos son establecidos por el propio Estado que impone las penas.

Por otra parte, se destaca el poder estigmatizador y muy poco útil para la vida del condenado que tiene la pena. Se ha visto que una persona que pasa una larga temporada en una prisión, sale de allí con su vida arruinada y con escasas posibilidades de reencauzarla.

El problema de los abolicionistas es que en general basan sus argumentaciones alrededor de la supuesta misión resocializadora de la pena, y por ello concluyen que la prisión no sirve para resocializar a nadie. Se olvidan de la función del gobierno de proteger los derechos de las víctimas, y se limita a tomar al autor de un delito como un inadaptado o enfermo, en lugar de considerarlo como a una persona que, en completo uso de sus facultades, ha decidido voluntariamente cometer un crimen.

Por ello, en general, encuentran que el sustituto de la prisión son las medidas de seguridad, comenzando por considerar que el delincuente es una especie de 'enfermo social', y que la misión del sistema legal debiera ser su readaptación social.

A partir de este razonamiento, los centros de rehabilitación y los establecimientos psiquiátricos son el sustituto de las prisiones, con lo cual no se resuelve nada, y además se entra en el peligroso campo de considerar a los delincuentes como enfermos y de justificar la intervención del gobierno en terrenos reservados a los psiquiatras.

Los establecimientos de reclusión de la Siberia soviética se basaban precisamente en estas premisas: todos los que están en contra del comunismo son enfermos sociales, y por lo tanto debe recibir el adecuado tratamiento psiquiátrico en establecimientos especiales, que no eran otra cosa que cárceles encubiertas.

Si bien desde una perspectiva liberal no es posible sostener la concepción del individuo como una especie de 'paciente social', al que un 'médico social' le diagnosticará su estado de 'salud social', sí se puede cuestionar en muchos casos la razonabilidad de la pena de prisión como medio de retribuir una conducta criminal.

El concepto de 'retribución' viene desde la ley del Talión, según la cual, se debía infringir al violador de un derecho la misma pena que ocasionó a la víctima.

El Talión dio paso, con el correr del tiempo y la civilización de los procedimientos penales, a la prisión, como un medio menos sangriento y drástico de castigo. En lugar de cortarle una mano al ladrón, se lo enviaba una cantidad de tiempo a una cárcel para que pagara sus delitos.

Tal vez sea hora de que, con un nuevo avance de la civilización, se considere a la prisión como un método poco civilizado de retribución. Buena parte de los crímenes, especialmente de contenido económico como el robo, el hurto o la estafa, tienen mejor retribución por la vía económica que por la privación de la libertad.

Es verdad que quien cometió un delito sufrirá más si tiene que padecer la privación de su libertad que si

21 L. Ferrajoli, 1995:249, con cita del estudio de P. Marconi, 1979.

ene que pagar una gran cantidad de dinero a la víc-
ima, pero hay que tener en cuenta que la retribu-
ión, desde la perspectiva de la protección de dere-
hos individuales concretos, no significa hacer sufrir
odo lo posible al criminal, sino satisfacer del mejor
nodo posible los perjuicios de la víctima.

En las legislaciones más liberales del mundo, esde el siglo pasado hacia aquí, se ha tratado de mitar las duras consecuencias de la pena de prisión. s sabido que por el solo hecho de ingresar a prisión, na persona tiene una alta probabilidad de padecer arias consecuencias gravosas: 1) perder su trabajo;) separarse y finalmente perder a su familia y ami-os; 3) conectarse con otras personas que están en la árcel, entre quienes se encontrará, muy probable-nente, con criminales que cuando él salga de la cár-el le ofrecerán su único trabajo: seguir delin-uiendo; 4) al salir de la cárcel quedará estigmati-ado, le será muy difícil conseguir un empleo, la ente lo mirará mal por haber estado en prisión, y oco a poco se lo irá marginando; 5) su antecedente erá un duro lastre cada vez que se encuentre en la alle con un policía que le pida documentos, o uando deba realizar un trámite administrativo; 6) sicológicamente, el encierro prolongado bajo un égimen carcelario deja huellas difíciles de borrar, tc.

Para paliar algunas de estas consecuencias, se han esarrollado institutos jurídicos tales como la conde-nación condicional, que permite en los casos de per-onas que cometen su primer delito y son condena-las a una pena relativamente baja, que esa pena se eje en suspenso, en tanto cumpla con una serie de equisitos que la ley impone.

Estos institutos, al igual que la suspensión de la causa a prueba antes mencionada, tienen una correc-a función de morigerar las terribles consecuencias e la prisión en personas no peligrosas que han ometido hechos de escasa gravedad, pero a la vez eneran tanto en las víctimas como en el resto de la ente, una sensación de impunidad o desprotección que es bastante entendible. Expresiones tales como que los delincuentes, al ser detenidos, 'entran por una puerta y salen por la otra', o que al concurrir a la comisaría inmediatamente después de cometido un delito, 'la víctima está más tiempo demorada que el imputado', son bastante frecuentes entre personas que tienden a identificar la falta de encarcelamiento con la impunidad.

Mientras la prisión sea la pena prevista casi con exclusividad, el dilema está planteado y es difícil de resolver: o se envía a la gente a la cárcel, con todas las consecuencias antes apuntadas, o se la deja en libertad, alentando la impunidad.

La única alternativa válida que encuentro para solucionar el problema es sustituir a la prisión, en los casos de crímenes de escasa entidad, por medios de satisfacción a la víctima, como resarcimientos pecuniarios, trabajo en su favor, etc., que signifiquen castigos más civilizados que la prisión y se apliquen de manera efectiva.

No hay que olvidar, por otra parte, que el costo de enviar a alguien a la cárcel lo paga el resto de la gente. Desde el costado de lo económico, se han realizado numerosos trabajos en estos tiempos, que muestran las grandes erogaciones que, para los contribuyentes, significa mantener las cárceles.[22]

Pienso que la alternativa a esta situación no es reducir los gastos de mantenimiento de las prisiones y condenar a los reclusos al hacinamiento. Tampoco es una alternativa válida obligar a los reclusos a trabajar. La condena a prisión significa privar a una persona de su libertad ambulatoria, recluirla en un establecimiento determinado; pero es imposible obligar a alguien a actuar si no quiere hacerlo.

El trabajo en un centro de reclusión penal puede ser un aliciente para el recluso, si éste sabe que sus días en prisión podrán acortarse si produce, y si además, como está previsto en muchas legislaciones del mundo, una parte de lo que produce trabajando se le entregará el día que salga en libertad. Pero siempre el recluso, que ya está pagando con la privación de

22 Hace poco se ha publicado una recopilación de ensayos editada por Robert James Bidinotto (*Criminal Justice? The Legal System vs. Individual Responsability*, editada por The Foundation for Economic Education).
En este libro se muestra, entre otras cosas, el 'contrasentido' de que en muchos casos, los criminales que son condenados a prisión pasan a tener un nivel de vida muy superior al que tenían en las calles, con un alto grado de confort, buena comida, gimnasio, televisión, atención médica y psicológica, recreación, etc. Hay muchas críticas a esta situación, sosteniendo especialmente que, además del daño que los criminales producen a las víctimas, todo el resto de la sociedad, formada por ciudadanos respetuosos de la ley y los derechos, debe pagar por todos estos gastos.

libertad, ha de tener el derecho de decidir si quiere o no quiere trabajar.

Entiendo que la mejor solución es, nuevamente, reemplazar a la prisión como medio de castigo, por formas de satisfacción a la víctima.

8 La necesidad de *privatizar* la acción penal

Las críticas a la esencia misma del Derecho penal y su autonomía respecto de quienes deberían ser los receptores principales de la protección jurídica, es decir, de las víctimas, me lleva a concluir que tal vez haya llegado la hora, en el proceso de civilización del derecho, de sustituir la naturaleza misma de los procedimientos en casos criminales, de eliminar el castigo eminentemente estatal y restituir a los particulares la acción para actuar en su propio nombre y beneficio.

El estudio de los orígenes de los dos derechos que han fundado jurídicamente al mundo occidental moderno: el romano y el anglosajón, muestran que originariamente la distinción entre el Derecho penal y el civil no era tajante, y que el primero no era un derecho totalmente público sino que tenía como titular de la acción a la víctima.

En Roma, en los albores de la República, el Derecho penal tenía un trazado distinto del que hoy conocemos, pues una buena parte de lo que hoy es materia de Derecho penal, pertenecía al Derecho privado bajo la forma de *delicta privata* (Kaser, ZPR, p. 1). Delitos como el robo, el hurto o la injuria, eran perseguidos por el damnificado mediante la acción privada; esa pretensión jurisprivatista de satisfacción se hacía valer en el proceso civil y era realizada por una composición en dinero (pagada al damnificado) o librando al autor a la venganza privada (en algunos casos por azotes).[23]

En el proceso romano penal clásico, la regla era la acusación privada. Sólo compareciendo un acusador (que no fuese al mismo tiempo juez) había lugar a un procedimiento penal.[24]

Quiere decir que, a diferencia del concepto actual, la intervención del Estado se hacía depender, aun en caso de conducta criminal, de la acción de un particular que se declarara dispuesto a desempeñar el 'difícil y odioso oficio de fiscal' (conf. Mommsen, p. 345). Mommsen cita el caso de un homicida confeso, a quien se tuvo que dejar en libertad por falta de acusador. En este sentido, Cicerón, en Pro Sexto Roscio 20, 56, establecía la máxima: *nocens, nisi accusatus fueri, condemnari non potest*: el pernicioso, a no ser que fuere acusado, no puede ser condenado.

Es interesante advertir cómo en el Derecho Romano, especialmente por influencia de las ideas cristianas, se atacó y finalmente se prohibió a la servidumbre temporal que se imponía como sanción resarcitoria para ciertos crímenes, en los que se condenaba al autor a servir a la víctima hasta satisfacer el daño ocasionado, cuando no podía pagarle de otra forma.

Esta práctica del antiguo Derecho romano fue dejada de lado por considerársela inhumana, pero sin embargo nadie protesta cuando esa misma persona es enviada, a veces de por vida, a una celda, donde permanecerá encerrada, cumpliendo las órdenes que allí se le indiquen. La situación de un preso común en una cárcel de hoy puede ser peor, en algunos casos, que la de quien servía a su víctima hasta resarcir el daño.

Hasta parece más razonable que una persona sea obligada a trabajar para la víctima hasta resarcirla del perjuicio que se le ocasionó, antes que encerrarla y confinarla en una celda, en nombre del Derecho del Estado para hacerlo. Se podría encontrar en la servidumbre temporal varias ventajas respecto de la prisión: 1) la posibilidad de que su tiempo se reduzca dependería del esmero y el esfuerzo del penado por producir lo necesario para pagar su deuda; 2) se evitarían las consecuencias estigmatizantes de la prisión pues el penado estaría en libertad, y sólo debería aportar su trabajo para pagar su deuda; 3) probablemente se disminuirían los niveles de violencia que se generan dentro de los sistemas carcelarios, y hacer que muchas veces quienes han pasado una temporada en prisión salgan más violentos y desaprensivos por los derechos ajenos que cuando entraron; 4) se satisfarían los intereses de la víctima, cumpliéndose la función de proteger derechos individuales, al procurar el resarcimiento de los daños; 5) se evitarían lo

23 Wenger, *Intitutionem*, p. 15; Bethmann-Hllweg, 1, p. 100; citados por W. Gerhard, p. 21.
24 Kunkel, p. 343 y ss., en Gerhard, p. 23.

problemas y erogaciones que supone el mantenimiento de las cárceles.

En el origen del Derecho anglosajón tampoco existía la distinción entre el Derecho civil y el penal. Los particulares damnificados por un crimen debían demandar en nombre propio ante los jueces la satisfacción de la ofensa recibida. De este modo proliferaron los abogados que compraban las acciones a las víctimas poco interesadas por perseguir los delitos, y buscaban ellos una reparación. Inclusive las órdenes de detención y registros eran extendidas por los jueces de paz a pedido de los representantes de las víctimas, que eran quienes llevaban adelante las investigaciones. Ellos fueron los antecesores de los fiscales.[25]

Como se recordó más arriba con una cita de Hassemer, en el primitivo Derecho alemán se pasó de la venganza privada y la faída a un sistema retributivo de composición judicial que se hacía en beneficio particular de la víctima. Con posterioridad se abandonó este principio para convertir esa composición en una retribución para el Estado. Lo que era una indemnización para la víctima se transformó en una multa que va a parar a las arcas del gobierno.

Lo propio ocurría en ciertos derechos de oriente, donde la legitimación para accionar estaba en la víctima y su familia. Por eso, para protegerse jurídicamente ante la comisión de un crimen en su contra, las personas huérfanas normalmente se hacían adoptar por alguna familia, para que de este modo alguien pudiese ejercer las acciones penales en su nombre, y desalentar así la comisión de crímenes en su contra.

En definitiva, se puede encontrar en el origen de casi todos los sistemas judiciales, un Derecho penal que se ejercía por la víctima en su propio nombre.

La 'privatización' de la acción, probablemente traería muchas ventajas respecto de la eficiencia en la persecución de los crímenes.

Así, por ejemplo, es muy probable que aparezcan compañías de abogados comprando acciones de víctimas que no tienen interés en seguir adelante los procesos, los que cobrarían un porcentaje de lo ganado en el juicio. Lo mismo harían empresas de seguros.

Al respecto, es interesante recordar que en el Derecho inglés previo a la estatización de la acción penal, quienes accionaban eran los particulares. Muchos abogados compraban a las víctimas las acciones, y se hacían famosos como buenos litigantes, corriendo los riesgos por su gestión. Cuando el Derecho penal surgió como Derecho estatal, estos abogados fueron sustituidos por los fiscales, que adoptaron la fisonomía que hoy tienen en prácticamente todos los derechos del mundo.

Como los fiscales en general no tienen un interés personal en el resultado del juicio -no cobran honorarios por sus éxitos y rara vez responden por sus fracasos-, la eficiencia de la investigación ha disminuido.[26]

Antes hice una referencia a que se puede encontrar en la justificación del Derecho penal una argumentación parecida a la que justifica la intervención del Estado en otras áreas, como la protección del ambiente. La privatización de la acción penal tendría, según mi parecer, consecuencias similares a las que podría tener la privatización de la acción por contaminación del ambiente.

25 B. J. Shapiro, 1991.

26 Es un buen ejemplo de esto el reciente caso de O. J. Simpson. Muchos de quienes siguieron diariamente el juicio, han opinado que Simpson fue hallado inocente, en buena medida, por la diferencia de los abogados que representaban a ambos intereses.
Los defensores constituían un equipo muy bien preparado y con importantes recursos -pagados por el procesado-, lo que les permitió echar un manto de duda sobre prueba que al principio parecía cristalina. Los fiscales, por su parte, tuvieron un papel que casi todos coinciden en definir como opaco, permitieron que tambalearan testigos fundamentales, y hasta se los acusó de no conocer algunos detalles que testigos propuestos por la propia fiscalía develaron durante las audiencias.
Los fiscales tienen una actuación que no puede abstraerse al medio burocrático donde se desempeñan. Son empleados a sueldo que no tienen, económicamente, nada que ganar ni perder con el resultado de los juicios. Es cierto que tienen una reputación que proteger, y especialmente ella está en juego en casos como el de O.J. Simpson, pero también es cierto que los presupuestos judiciales son limitados. Violaría el principio de igual protección de los derechos si el gobierno hubiese destinado millones de dólares para apoyar a los fiscales que siguieron el caso de Simpson, y sólo algunos cientos de dólares para pagar por la preparación de casos similares pero sin resonancia pública.
En cambio, un acusador particular hubiese tenido otra motivación, y seguramente hubiese conseguido más recursos para presentar su caso de un modo más sólido.

Por ejemplo, en una comunidad donde en nombre de la teoría de los intereses difusos se ha estatizado la acción por contaminación ambiental, donde existen organismos estatales a los que hay que denunciar cualquier acto de contaminación, los que teóricamente realizan inspecciones periódicas, y aplican sanciones que van desde multas, inhabilitaciones hasta prisión -todas ellas impuestas por cuenta y en nombre del Estado-, la consecuencia es la natural apatía de la gente por denunciar estos actos y el aumento en la corrupción de los funcionarios que deben efectuar los controles.

Así, si se piensa en un río que es contaminado por una fábrica que arroja desperdicios químicos, el dueño de la fábrica hará un análisis de costo-beneficio entre arrojar allí sus desperdicios o someterse a la ley. Como los controles, por depender monopólicamente del Estado, se verán debilitados y la posibilidad de sobornar a los oficiales es muy grande, el análisis del industrial será saber si le cuesta más descontaminar o pagar los sobornos, o eventualmente las multas.

Si se 'privatizara' la acción, y se reconociese el derecho de cada ribereño a demandar en nombre propio por la contaminación del río que pasa frente a su casa, el industrial se vería bombardeado por constantes demandas de personas que actúan en nombre propio y buscando su propio beneficio. De este modo, su análisis de costo-beneficio seguramente le dirá, en algún momento, que le conviene dejar de contaminar antes de seguir haciendo frente a tantas demandas.

Del mismo modo, las víctimas de delitos de escasa peligrosidad, como arrebatos de carteras, robos de estéreos en automóviles, hurtos, roturas de vidrieras de negocios, frecuentemente ni siquiera se toman la molestia de efectuar una denuncia policial.

No lo hacen porque saben que ello les puede acarrear varias cargas y prácticamente ningún beneficio. Deberán concurrir a la comisaría y posteriormente varias veces a los tribunales para prestar declaración, perdiendo tiempo y dinero; en el caso en que se llegue a individualizar al criminal, lo máximo que pueden obtener es que se lo condene a prisión, lo que a la víctima particularmente no le sirve de mucho.

Por el contrario, en el caso en que se pudiese buscar una retribución en nombre propio y en el propio beneficio, seguramente las víctimas tendrían mucho más interés en que se investigasen los crímenes cometidos en su contra, y esa señal enviada al mercado movería importantes cantidades de recursos hacia la investigación y persecución de estos hechos.

Seguramente aparecerían empresas de abogados -como ocurrió en la antigua Inglaterra- dispuestas a comprarle a las víctimas la titularidad de la acción, corriendo el riesgo de perseguir al autor y tratar de obtener una reparación. Otro tanto harían las empresas de seguros, y se alentaría mucho la participación de la propia víctima en la investigación.

No se debe olvidar que es un principio básico del funcionamiento del mercado, que donde hay un buen negocio se fomenta la inversión en tecnología. Volviendo al caso de la contaminación, si por ejemplo cualquier persona pudiese demandar en nombre propio y procurando una indemnización para ella misma a los automovilistas y choferes que contaminan el aire con gases tóxicos, en lugar de monopolizar esa acción en manos y para satisfacción del Estado, seguramente aumentarían considerablemente las inversiones de dinero en el desarrollo de tecnología destinada a detectar la contaminación del aire. Todos querrían tener su propio detector de monóxido de carbono, porque ello le permitiría encontrar a contaminadores a los cuales demandar.

Algo parecido ocurriría con la inversión de dinero en tecnología para descubrir a los autores de crímenes, con mejores y cada vez más sofisticados detectores de huellas, rastros, voces, cámaras filmadoras, etc.

En suma, la persecución de los crímenes cobraría una creciente importancia para las víctimas, y ello haría aumentar su valor económico, convirtiéndola en un foco de inversiones.

9 La privatización de la acción aumentaría el efecto preventivo general del Derecho

Como señalé antes, no es posible buscar justificación a la imposición de una pena exclusivamente en la aludida función preventiva general del Derecho penal, es decir, a la circunstancia de que la amenaza de una pena tenga una función disuasoria respecto de la gente, para que de ese modo se abstenga a violar derechos ajenos. La función preventiva general existe, pero no puede ser el fundamento de la condena.

Pero aun desde este punto de vista, podría señalarse que la privatización de la acción penal aumentaría el efecto de la prevención general, pues al hacer

más eficiente el sistema basado en el propio interés de las víctimas por lograr una satisfacción por el mal recibido, las posibilidades de impunidad disminuirían.

Una visión de la criminalidad desde el punto de vista del 'mercado de la delincuencia', indica que, en términos generales, una persona que contempla la posibilidad de cometer un delito, sólo lo hará cuando los beneficios esperados exceden a los costos de tal acto, con la esperanza de incrementar su bienestar. Los criminales responden a cambios en los costos de oportunidad, en la probabilidad de aprehensión, en la severidad de las penas y en otras variables relevantes.[27]

Como señala Bruce Benson, las decisiones son tomadas sobre la base de información e incentivos y los parámetros a ser tenidos en cuenta para tomar la decisión serán, al decir de Gary Becker: 1) la utilidad esperada; 2) el riesgo de ser detenido y castigado, y 3) la severidad de la pena prometida.[28]

Pero pienso que, antes de la severidad de la pena prometida, lo fundamental para que exista una disuasión efectiva es que sea alta la probabilidad de que esa promesa se cumpla. Hace más de dos siglos, Cesare Beccaria explicaba que 'uno de los más grandes frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad y, como consecuencia de ella, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable... La certidumbre de un castigo, aunque moderado, produce siempre impresión más honda que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de impunidad...'[29]

En este contexto, la privatización de la acción generaría una mucho más eficiente persecución, toda vez que serían las víctimas, buscando el resarcimiento de un interés personal, las que actuarían en lugar de fiscales u oficiales judiciales sin incentivos y atrapados en una tenaz burocracia.

En la medida en que la persecución privada se mostrase más eficaz, la señal que eso daría al 'mercado de la criminalidad' sería la de un aumento en los 'costos' de cometer un crimen, al aumentar las posibilidades de que lo persigan y lo hagan pagar. En este sentido, la naturaleza del pago pasa a un segundo lugar. De poco sirve, por ejemplo, la amenaza con la pena de muerte a todo funcionario corrupto, si nadie resulta siquiera procesado por ello.

Por otro lado, especialmente en delitos de escasa peligrosidad, la sanción con la que sería amenazado el criminal, podría llegar a ser más gravosa en términos reales de lo que hoy en día es. Si se tiene en cuenta que, por un principio liberal, existen varias formas de evitar el encarcelamiento efectivo para los primarios, resultaría en los hechos más grave para el criminal ocasional que difícilmente vuelva a delinquir, la obligación de resarcir los daños a la víctima, en lugar de la imposición de una simbólica pena de prisión en suspenso.

Conclusiones

De acuerdo con mi criterio, carecen de sustento las tres teorías con las que clásicamente se ha intentado fundamentar la aplicación de sanciones penales:

a) La retribución, hecha por el Estado a través del Derecho penal, no se justifica, pues supone que la retribución sea hecha en nombre y para satisfacción de un ente inmaterial como es el Estado, en lugar de estar destinado a retribuir a las víctimas.
b) La prevención general no puede justificar por sí sola la aplicación de penas, pues es sólo una manera de atemorizar a eventuales violadores de derechos individuales a costa de la aplicación de sanciones. Por otra parte, esa tarea de desaliento a los violadores de derechos individuales se logra más eficientemente cuando los hechos criminales son perseguidos por aquellas personas que lo hacen persiguiendo el interés personal de obtener una retribución a cambio, es decir, las propias víctimas.

27 R. Pisner, 1972:164 y ss. Sobre el estudio del mercado de la criminalidad, ver también: G. Tullock, 1974:103; G. S. Becker, 1968; I. Ehrich, 1974; G. Stigler, 1970.

28 B. L. Benson, 1990: 161 y sus citas. Ver especialmente: G. S. Becker, 1968. Es recomendable la lectura del trabajo de Benson: 'A note on corruption of public officials: The black market for property rights' (1981:305-331), donde el autor explica la aplicación de estos mismos critarios al análisis de la corrupción de los funcionarios del gobierno (R. M. Rojas, 'Algunas consideraciones filosófico-jurídicas en torno del problema de la corrupción', (1993:61-82).

29 C. Beccaria, 1959:249

c) La prevención especial, concebida como 'resocialización' a cargo del Estado no puede justificarse desde la óptica del respeto a la libertad individual. Ningún funcionario del gobierno puede tener la facultad de determinar qué es 'socialmente' bueno o mal, y debe limitarse a proteger los derechos individuales de víctimas concretas. A ello debe sumarse que las cárceles tienen muy poco de positivo desde el punto de vista de la superación personal de quien ha cometido un crimen.

A estas alturas de la civilización, el Derecho penal debería ser reformulado y dar lugar a formas o procedimientos mixtos, basados en la demanda de las propias víctimas en busca de sanciones que constituyan una reparación de los daños ocasionados con el crimen. Ello supondría dos cambios fundamentales respecto de la actual respuesta penal: a) las acciones serían ejercidas por las víctimas o sus representantes, y no por el Estado; b) las sanciones a imponer estarían exclusivamente vinculadas con la reparación del daño ocasionado a la víctima y no con un castigo impuesto por el Estado.

Bibliografía

Alimena
Principios de Derecho penal. Vol. I.

Beccaria, Cesare
1959 *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires: Editorial Arayú.

Becker, Gary S.
1968 'Crime and Punishment: An Economic Approach'. *J. Pol. Econ.* 169:76.

Becker, Gary S. [Landes, William M.], editores
1974 *Economics of Crime and Punishment*, 68.

Benson, Bruce L.
1981 'A note on corruption of public officials: The black market for property rights'. *Journal of Libertarian Studies*, 5: 305-331.
1990 *The Enterprise of Law.* San Francisco.

Bidinotto, Robert James
'Criminal Justice? The Legal System vs. Individual Responsability'. *The Foundation for Economic Education.*

Carrara
'Programa'. Núm. 587:35.

Cauveau [Helie]
1872 *Théorie du Code pénal.* Paris.

Cuello Calón
1951 *Derecho Penal.* México.

Ehrich, Isaac
1974 'Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis'. *Economics of Crime and Punishment*, 68. Gary Becker & William M. Landes Eds.

Ferrajoli, Luigi
1995 *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal.* Madrid: Editorial Trotta.

Feuerbach
Tratado de Derecho Penal.

García, Luis
1992 *Reincidencia y punibilidad.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

Gerhard, Walter
Libre apreciación de la prueba.

Hassemer, Winfried
1984 *Fundamentos del Derecho penal.* Barcelona: Editorial Bosch.

Helie
1872 [Cauveau; -]

Hendler, Edmundo S.
1991 'El tema de los orígenes del Derecho penal'. *Doctrinal penal.*

Landes, William M.
1974 [Becker, Gary; -], editores.

Marconi, P.
1979 *La libertà selvaggia. Stato e punizione nel pensiero anarchico.* Venecia: Marsilio.

Maurach, Reinhart
1994 *Derecho penal.* Actualizado por Heinz Zipf. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Naucke
'Strafrecht-Eine Einführung'

Ortolan
1878 *Tratado de Derecho penal.* Madrid.

Otto
'Grundkurs'.

Pisner, Richard
1972 *The Economic Analysis of Law.* Boston: Little Brown and Company.

Rojas, Ricardo M.
'Algunas consideraciones filosófico-jurídicas en torno del problema de la corrupción'. *Foro Político.* Págs. 61-82. Buenos Aires: U.M.S.A.

Roxin, Claus
1976 *Problemas básicos del Derecho penal.* Madrid Editorial Reus.

Séneca
1986 'De Ira', lib. I, cap. XIX. E. Otón Sobrino, traductor. Madrid: Alianza.

Shapiro, Barbara J.
1991 *Beyond reasonable doubt and probable cause* University of California Press.

Soler, Sebastián
Derecho penal argentino. Tomo I.

Stigler, George
1970 'The Optimum Enforcement of Laws'. *J. Pol. Econ.* 526.
Stratenwerth
1992 'Strafrecht. Allgemeiner Teil-Die Straf Tat'.
Tullock, Gordon
1974 *Does Punishment Deter Crime? Public Interest.*
Von Liszt
'Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge'.
Wenger
Institutionem.
Zaffaroni, Eugenio R.
1972 *Tratado de Derecho penal.* Parte general. Editorial Ediar.

Para alcanzar las finalidades que se proponen, los planificadores tienen que crear un poder público -de unos hombres sobre otros- de magnitud hasta ahora desconocida; y su éxito dependerá del grado en que logren tal poder.

Friedrich A. Hayek

OLGA MARIA PIVARAL ALEJOS[1]

El resarcimiento del daño moral dentro de la legislación guatemalteca

Sumario

1 Regulación del daño moral en Guatemala
1.1 El daño moral dentro del ámbito de la responsabilidad penal
1.2 El daño moral dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual o aquiliana
1.3 El daño moral dentro del ámbito de la responsabilidad contractual
Bibliografía

Como primer punto, conviene definir qué es un daño. Como es de suponerse, existe una gran diversidad de definiciones, pero citaré solamente la del autor Eduardo A. Zannoni, quien define al daño como 'el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio'.[2]

Existen diversas clases de daños, como por ejemplo, la doctrina distingue entre daños patrimoniales y daños morales; daños presentes o actuales y daños futuros; daños directos y daños indirectos; daños eventuales y daños virtuales; daños compensatorios y daños moratorios; daños extrínsecos y daños intrínsecos, etcétera.

Ahora bien, lo que a nosotros nos interesa en el presente artículo, son los llamados 'daños morales'. Con frecuencia consideramos que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y en general, los padecimientos que se provocan a la víctima de un hecho dañoso. Pero si analizamos lo anterior, nos daremos cuenta que dichos padecimientos son más bien estados del espíritu consecuencias del daño y no el daño mismo.

Es importante tomar en cuenta que existe gran confusión a la hora de distinguir un daño patrimonial de un daño moral; por lo que existen diversas posturas doctrinarias sobre el criterio correcto para determinar cuándo estaremos en presencia de un daño patrimonial y cuándo será un daño moral.

La teoría clásica, que definía el daño moral partiendo de una noción por exclusión al decir que son daños morales aquellos que no pueden ser considerados como daños patrimoniales, ha quedado desechada.

Una segunda postura definía al daño moral tomando como base el interés comprometido; de esta forma, el autor Zannoni nos dice que 'denomínase daño moral -o agravio moral- al menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico'.[3]

La tercera postura sobre este tema, define al daño moral partiendo de la naturaleza de los derechos lesionados. Dentro de esta postura se encuentra el autor Brebbia que define al daño moral como 'aquellos daños producidos a raíz de la violación de alguno de los derechos fundamentales inherentes a la personalidad'.[4]

La cuarta y última postura, que a mi criterio es la correcta, define al daño moral partiendo de los resul-

1 Abogado y Notario de la Universidad Francisco Marroquín
2 E.A. Zannoni, 1987:1
3 *Ibidem*, 287.
4 J. Mosset Iturraspe, 1986:89

ados o consecuencias de la acción antijurídica. Esta línea de pensamiento ha sido seguida por la mayoría de los autores doctrinarios; dentro de ellos, el autor Ordaz define al daño moral como 'el acto ilícito que hace sufrir a las personas molestándola en su seguridad personal o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas'.[5] Mosset Iturraspe agrega que

> *'daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial'.*[6]

Ahora bien, entrando al tema del resarcimiento del daño moral, existen diversas posturas sobre la posibilidad de reparación del daño moral. Partimos desde aquella postura que niega todo tipo de resarcimiento al daño moral, hasta encontrarnos con aquellas posturas que sí le reconocen su reparación.

Entre las posturas doctrinarias que admiten el resarcimiento del daño moral, existen diversas tendencias, desde las que otorgan mayor grado de indemnizabilidad al daño moral, hasta quienes le reconocen cierta medida de reparación solamente en algunos casos, siendo estas posturas las siguientes:

a- Debe repararse el daño moral en todos los campos de la responsabilidad.

b- Debe indemnizarse el daño moral en la responsabilidad extracontractual y también la contractual, pero con la condición de que el contrato incumplido que da origen al daño moral sea uno vinculado con los servicios públicos (transportes).

c- Debe indemnizarse el daño moral en los casos de responsabilidad aquiliana y en los de incumplimiento de las obligaciones emanadas de acto voluntario lícito cuando este incumplimiento sea delito penal.

d- Debe indemnizarse el daño moral en todos los casos de responsabilidad aquiliana, haya o no delito penal.

e- Debe indemnizarse el daño moral siempre que el delito o el 'cuasi-delito' sean delitos del Derecho penal.

De todas las posturas anteriormente mencionadas, opino que la cuarta de ellas es la correcta, por las razones que trataré más adelante.

Se debe tomar en cuenta que el resarcimiento del daño moral se fundamenta no sólo en una base legal, sino también desde el punto de vista filosófico-moral, ya que su resarcimiento se sustenta en la trilogía básica de: el reconocimiento del valor de la vida humana, de la intimidad de la persona y del daño al espíritu del hombre. Es importante tomar en cuenta que el hombre es el único ser viviente que está integrado por una parte material y por otra espiritual; la persona humana posee razón, por lo que valora sus opciones antes de decidir y actuar, a diferencia de los animales que son instintivos.

Debido a esta circunstancia, actualmente casi todas las legislaciones del mundo protegen tanto la integridad física como la moral y psíquica de toda persona. Esto lo podemos observar desde analizar la Constitución y leyes ordinarias de un país, hasta al leer los tratados o convenciones en materia de derechos humanos existentes, que han cobrado gran vigor en la actualidad.

Ahora bien, muchos autores han negado la indemnizabilidad del daño moral argumentando varias cosas, en especial lo siguiente:

a- Es inmoral poner un precio al dolor, es decir, especular con los sentimientos, exigiendo el pago en dinero contante y sonante de sufrimientos o agravios que están más allá de toda consideración económica. Ponen como ejemplo el caso repugnante de personas que pretenden lucrar con la muerte de un familiar cercano.

b- Implica un enriquecimiento sin causa en favor del agraviado, que no ha sufrido ningún perjuicio en su patrimonio.

c- El daño moral no es mensurable desde el punto de vista económico, ya que ¿Cuánto vale el dolor que sufre un padre por la muerte de su hijo? o ¿Cuánto vale el dolor físico que ocasiona una herida?

d- La indemnización del daño moral es necesariamente arbitraria.

e- Dicho resarcimiento compromete los valores de justicia y seguridad, ya que se trata de un daño cuya reparación, en la medida que depende de los

5 *Ibidem*, 90
6 *Ibidem*, 91

subjetivo y personal, pone en peligro el valor de la seguridad.

Estimo que ahora debemos analizar el verdadero rol del dinero en el resarcimiento del daño moral. Dentro del *Derecho Civil*, existen dos formas de reparación de los daños: la reparación exacta y la reparación por equivalente. En principio, se busca la reparación exacta (restitución), pero cuando ésta no es posible, se traduce en la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Uno de los principales problemas que se presentan dentro del resarcimiento del daño moral, a diferencia del daño patrimonial, es que en la mayoría de casos la reparación *in natura* es imposible; es aquí, donde dicha reparación se transforma por lo general, en una indemnización dineraria, al no ser posible la restitución del bien afectado. Es importante tomar en cuenta que también existen ciertos casos en que la reparación del daño moral no es por medio de la restitución o la indemnización pecuniaria, sino a través de otros medios. Un ejemplo de ello, dentro del ámbito penal, lo encontramos en los delitos contra el honor (calumnia, injuria y difamación), en donde se prevé la publicación de la sentencia como pena accesoria a la principal, cuando se estime que con dicha publicidad se puede contribuir a reparar el daño causado por el delito (artículo 61 del *Código Penal* guatemalteco). También podríamos tomar hasta cierto grado como reparación del daño moral, el hecho del matrimonio del autor de un violación, estupro, abuso deshonesto o rapto, con la víctima del delito (artículo 200 del *Código Penal* guatemalteco).

Algunos autores que niegan el resarcimiento del daño moral, lo hacen fundamentándose en el hecho de considerar tan dignos los bienes de la personalidad del hombre, que les repugna la idea de traducirlos en dinero. Para ellos, es una inmoralidad 'poner precio al dolor', ya que los valores espirituales de una persona, una vez que han sido lesionados, jamás podrán ser devueltos a su estado primitivo, cualquiera que sea la protección jurídica que se les conceda y la sanción que se imponga al autor del daño moral causado. Esta corriente tuvo gran influencia, principalmente en los países del *common law*. En este sentido, existe una sentencia norteamericana dictada en 1902, en la cual el tribunal al rechazar la indemnización del daño moral sostuvo que

> *'hay muchas obligaciones que son demasiado delicadas y sutiles para ser puestas en vigor mediante el rudo método de indemnizarlas en caso de violación. Acaso los sentimientos ofendidos encuentren la mejor protección posible en el derecho moral y en una opinión pública favorable'.*[7]

A mi criterio, estas personas que niegan la procedencia de la reparación del daño moral, alegando que jamás podrá traducirse en dinero un valor espiritual, olvidan que se cometería una mayor injusticia si, ante la imposibilidad de una reparación perfecta, el Derecho no impusiera por lo menos una reparación imperfecta, procurando acercarse al ideal de 'dar a cada uno lo suyo' (justicia), que es uno de los fines que debe perseguir todo ordenamiento jurídico.

Es verdad que el daño moral no tiene una base equivalencial en dinero, ya que afecta intereses de difícil valoración pecuniaria. Pero es aquí donde no debemos olvidar que el hecho de que resulte difícil de valorar el daño moral, no puede ser un obstáculo para negar su indemnización. En este sentido, el autor Zavala de González dice: 'del hecho de que no pueda concederse una reparación exacta, no cabe concluir en que no deba concederse ninguna; pero tampoco que pueda otorgarse cualquiera'.[8]

Siguiendo este mismo criterio, el autor Rafael Rojina Villegas dice que ante la imposibilidad de reparar los valores espirituales lesionados o el dolor causado por un hecho ilícito, al herir los sentimientos o las afecciones de una persona, el Derecho no ha encontrado otra forma de lograr una satisfacción para la víctima o sus herederos, y una sanción para el culpable, que condenarlo a un pago de una suma de dinero, independientemente de la responsabilidad penal en que pudiere haber incurrido. Es cierto que se trata de una satisfacción muy 'imperfecta' y que jamás podrá alcanzarse la reparación total como ocurre con los daños patrimoniales, pero sería aun más injusto que ante la imposibilidad de alcanzar ese resultado, la víctima quede desamparada.

7 R. A. Vásquez Ferreyra, 1993:181
8 *Ibidem*, 188

A mi criterio, la condena de indemnizar impuesta al autor del daño moral no puede 'reparar' totalmente el perjuicio moral; es decir, como ya lo mencioné anteriormente, no se podrá obtener una reparación perfecta. Por lo que al hablar de 'resarcimiento o reparación del daño moral', no me refiero a una reparación perfecta en donde las cosas se reponen al estado en que se encontraban con anterioridad, ni tampoco me refiero a hacer que el daño moral desaparezca por completo. Sino que me refiero a darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que haya perdido; ya que dentro del campo del daño moral, el papel de la reparación es más bien 'satisfactorio' y no 'equivalente', a diferencia del daño material. Ya que no debemos olvidar que la indemnización dineraria es el único factor que tenemos para alcanzar la justicia en el caso de un daño moral; tal vez sea un sistema imperfecto, pero es el que debe de utilizarse a falta de otro menos malo.

El autor Jorge Bustamante Alsina dice que

'el dinero no representa en la reparación de los daños morales la misma función que en la indemnización de los daños materiales: en éstos cumple una función de equivalencia entre el daño y la reparación; en aquéllos, en cambio, la función no es de equivalencia sino de compensación o satisfacción a quien ha sido injustamente herido en sus sentimientos o afecciones'.[9]

Esto se debe a que en el resarcimiento del daño moral no se puede establecer una perfecta igualdad entre la indemnización y el daño moral; sólo se puede buscar una relativa satisfacción para el agraviado, proporcionándole una suma de dinero que no deje impune el agravio.

El maestro Lafaille dice que

'el dinero desempeña en la cuestión del daño moral una función de satisfacción, actuando como un equivalente o sucedáneo, ante la imposibilidad de compensarle a la víctima el daño sufrido. Faltando los medio adecuados para compensar la lesión a los sentimientos, la reparación constituye la posibilidad de procurarse otras satisfacciones. En este caso, la indemnización aunque incompleta representa, al menos, una aproximación'.[10]

Esta idea de la *satisfacción equivalente* es la que ha sido aceptada por casi toda la doctrina y jurisprudencia de los países que aceptan el resarcimiento del daño moral. De acuerdo a ella, cuando el juez ordena la indemnización de un daño moral mediante el pago de una suma de dinero, no hace más que calcular la cantidad necesaria para colocar a la víctima en condiciones de proporcionarle una satisfacción susceptible de reemplazar por la vía aproximativa en su patrimonio moral la satisfacción sacrificada por el acto ilícito.

No debemos olvidar que en los casos de resarcirse un daño moral, dicha indemnización pecuniaria muchas veces puede proporcionarle a la víctima satisfacciones espirituales que compensen los daños morales que hubiera sufrido, borrándolos en gran parte. Es decir que esta especie de 'enriquecimiento pecuniario' le podrá aportar a la víctima de un daño moral, cierta compensación a su sufrimiento. La concesión de una suma de dinero puede permitir, por ejemplo, al que soporta sufrimientos que no disminuyan su capacidad de trabajo, dirigirse a un médico que pueda curarlo. También permitirá a aquella persona cuyo rostro está desfigurado, acudir a un cirujano para volver a la normalidad. No podemos negar, que el sufrimiento fisico de una persona puede encontrar cierta compensación en un viaje u otro tipo de distracciones, que dicho abono de dinero, le proporcionará; ya que debemos de reconocer que el dinero, como lo dicen los autores Henry y León Mazeud y André Tunc, no sólo facilita el 'enriquecimiento intelectual o artístico', sino que le da a quien lo recibe la posibilidad de aliviar por sí mismo muchos sufrimientos. En otras palabras, se podrá compensar, o al menos atenuar o paliar, con base en los goces o placeres que da el dinero, los sufrimientos morales.

El autor José Melich Orsini nos pone el ejemplo

'la víctima de un accidente que ha visto menoscabado su bienestar cenestésico a causa de los dolores

9 J. Bustamante Alsina, 1987:206
10 J. Mosset Iturraspe, 1986-IV:183

físicos que le ocasionara el accidente y las subsecuentes intervenciones quirúrgicas, una suma de dinero le permitirá, por ejemplo, mediante un viaje de recreo, el restablecimiento de su equilibrio psíquico con el disfrute del sosiego, distracciones, etcétera, propios de este género de viaje'.[11]

Por todo lo anteriormente expuesto, opino que es totalmente justo la procedencia de la indemnización del daño moral, a través del pago de una indemnización pecuniaria. Hay que tomar en cuenta que la función compensatoria (satisfactoria) que desempeña el dinero dentro del resarcimiento del daño moral, también lo desempeña dentro de muchos otros órdenes de la vida sin que nadie formule reparo alguno a ello; por ejemplo, la retribución u honorarios profesionales que se pagan a un abogado o médico, no obstante que lo servicios que prestan dichos profesionales, en sí mismos, no podrían ser tampoco equiparados con una suma de dinero. Por esta razón, en tiempos antiguos se consideró también que era inmoral la retribución pagada a un abogado o médico por sus servicios.

1 Regulación del daño moral en Guatemala

Ahora bien, creo que es importante analizar el tema del resarcimiento del daño moral dentro de la legislación guatemalteca. Como es lógico, actualmente casi todas las legislaciones del mundo protegen tanto la integridad física de las personas, como su integridad moral. Es importante recordar, que la persona humana no se reduce simplemente a una existencia material, sino que es una combinación de materia y espíritu, por lo que se deben proteger ambos componentes de todo individuo. Es aquí donde aparece en juego el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales, que afectan los sentimientos, los afectos, el honor, etcétera, de una persona.

Un problema con el cual nos enfrentamos al tratar este tema, es el hecho que ninguna ley en nuestro país define qué se debe de entender por daño moral; existen algunas normas que se refieren a este tipo de daño, pero ninguna lo define expresamente. Creo que esto es un error que existe en nuestro ordenamiento jurídico. Estimo que debería de existir una norma que definiera al daño extrapatrimonial, tal y como lo hacen las leyes de otros países. De esta forma, podemos observar que el *Código Civil Mexicano* (Distrito Federal) sí lo define, al estipular en su artículo 1916:

'Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás'.

Para poder realizar un análisis de la regulación legal del daño moral dentro de la legislación guatemalteca, debemos de partir del análisis de la *Ley del Organismo Judicial* (Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, reformada por los Decretos Legislativos 64-90, 75-90 y 11-93), la cual contiene normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco (artículo 1 de esta ley). El artículo 2 de dicha ley establece las fuentes del Derecho guatemalteco, estipulando:

'La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada'.

En consecuencia, el análisis de la regulación legal del daño moral en nuestro país, debe centrarse básicamente en la ley vigente.

Para estudiar las leyes de nuestro país, debemos de partir de observar la jerarquía que existe entre ellas, tomando como base la pirámide invertida del jurista Hans Kelsen. Como primer punto importante, nos encontramos con la *supremacía constitucional* que existe en nuestro país, con la única excepción contenida en el artículo 46 de la *Constitución Política de la República*, que le otorga preeminencia sobre el derecho interno, a los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, en materia de derechos humanos. Dicha supremacía constitucional la encontramos

11 J. Melich Orsini, 1975:64

plasmada en diversas leyes de la legislación guatemalteca, tales como:

Artículo 44 de la Constitución Política de la República: 'Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza'.

Artículo 175 del mismo cuerpo legal: 'Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure'.

Artículo 204 del mismo cuerpo legal: 'Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado'.

Artículo 3 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad: 'La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno'.

Artículo 115 del mismo cuerpo legal: 'Serán nulas de pleno derecho las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si los violan, disminuyen, restringen o tergiversan. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen las normas constitucionales son nulas de pleno derecho'.

Artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial: 'Los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno'...

De lo anterior se deduce que para realizar nuestro análisis, debemos de partir de analizar la Constitución Política de la República y los tratados o convenciones de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala. Posteriormente, debemos de analizar las leyes ordinarias existentes, principalmente, el *Código Civil* y el *Código Penal.*

El Título I de la Constitución contiene básicamente los fines y los deberes del Estado de Guatemala, al igual que también lo hace el preámbulo de esta ley suprema. El artículo 1 establece: '*Protección a la persona*: El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común'. Por su parte, el artículo 2 establece: '*Deberes del Estado*: Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona'. Aquí es importante tomar en cuenta que el Estado de Guatemala debe otorgarle a sus habitantes, no sólo el valor de justicia, sino también debe proporcionarles su desarrollo integral.

Como ya lo mencioné con anterioridad, sería una injusticia e inmoralidad, que el ordenamiento jurídico guatemalteco no aceptara el resarcimiento del daño moral. Por lo que, si uno de los fines que persigue alcanzar el Estado guatemalteco es la justicia, es absolutamente necesario que se acepte la indemnización del daño moral, para todos aquellos casos en que sea procedente.

Respecto a lo que debe de entenderse por 'desarrollo integral de la persona', hay que tomar en cuenta que la integridad del ser humano no solamente es material, sino también es moral o espiritual. Debido a que la propia ley no define qué se debe de entender por este concepto de 'integral', debemos recurrir al Diccionario de la Real Academia Española, tal y como lo ordena el artículo 11 primer párrafo, de la Ley del Organismo Judicial. Este Diccionario establece que 'integral' es 'global, total'...; también define la 'integridad' como 'calidad de íntegro'... Por su parte, la palabra 'íntegro' es definida por este mismo Diccionario, de la siguiente manera: 'aquello a que no falta ninguna de sus partes'.[12]

Analizando las anteriores definiciones, podemos concluir diciendo que la integridad de una persona está formada por una parte material y por otra parte espiritual, que es lo que nos distingue del resto de los

12 *Diccionario de la Lengua Española,* 1984:779

seres vivos. Por lo que el Estado debe de proteger tanto la integridad física, como la moral de toda persona.

Lo anterior, también se encuentra establecido en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, firmada en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por Guatemala el 27 de abril de 1978 (Decreto 6-78 del Congreso de la República), que en su artículo 5 establece el Derecho a la Integridad Personal. El numeral 1 de dicho artículo establece: 'Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral'.

Ahora que ya analizamos las normas de mayor jerarquía dentro de la legislación guatemalteca, debemos pasar a analizar las leyes ordinarias que regulan este tema.

1.1 El daño moral dentro del ámbito de la responsabilidad penal

En Guatemala, dentro de la **esfera penal** o **delictual**, no existe problema en lo referente a la indemnizabilidad del daño moral. Ello se debe a que la propia ley acepta la existencia de la reparación del daño moral. Lo anterior se encuentra ejemplificado dentro del *Código Penal* (Decreto 17-73 del Congreso de la República). El artículo 112 de dicho código dice: 'Toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente'. Ello se complementa con el artículo 119 del mismo cuerpo legal que establece: 'La responsabilidad civil comprende: 1. La restitución; 2. La reparación de los daños materiales y morales; 3. La indemnización de perjuicios'. Cabe decir que el *Código Penal* explica en su artículo 120 lo que debe entenderse por 'la restitución' y en su artículo 121 lo que debe de entenderse por 'reparación del daño material', omitiendo toda explicación de cómo debe de realizarse la reparación del daño moral. Pero ello no es un problema, ya que el artículo 122 del mismo cuerpo legal nos remite a las leyes civiles en lo que no se encuentra contemplado dentro del *Código Penal.*

Creo que es importante mencionar el hecho que nuestro anterior *Código Procesal Penal* (Decreto 52-73 del Congreso de la República), el cual ya se encuentra actualmente derogado pero podemos utilizarlo todavía como una fuente histórica del Derecho de nuestro país, regulaba expresamente lo referente al daño moral. Este Código, establecía en su artículo 82: 'El resarcimiento de los daños materiales y morales debe comprenderse como parte del proceso penal, en interés general y como tutela del orden social'. Por su parte, el artículo 83 de este mismo cuerpo legal establecía en su parte conducente: 'Daño moral o psicológico: En los procesos en que no llegare a establecerse la existencia de daño material, patrimonial, personal o *moral*, las responsabilidades civiles se traducirán en multa'...

Creo que es importante recalcar el hecho que nuestro actual *Código Procesal Penal* (Decreto 51-92 del Congreso de la República) no contiene disposición alguna en referencia al daño moral.

1.2 El daño moral dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual o aquiliana

La jurisprudencia y casi toda la doctrina admiten la reparación del daño extrapatrimonial en materia extracontractual. Ahora cabe preguntarse, ¿cómo se encuentra regulado este tema dentro de la legislación guatemalteca?

Como primer punto, no debemos olvidar las disposiciones constitucionales que fueron anteriormente citadas, que protegían tanto la integridad física, como moral de toda persona. Ahora bien, pasando al ámbito de las leyes ordinarias, nos encontramos con el *Código Civil.* Dicho Código, dentro del Título VII (Obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos), contiene un capítulo único titulado 'Todo daño debe indemnizarse'. De anterior título, se deduce que la ley guatemalteca acepta la indemnización de *todo* daño que se cause dentro del ámbito extracontractual, comprendiendo tanto el daño material como moral, ya que esta disposición abraza en su vasta amplitud todos los géneros de daños. Existen también dos disposiciones dentro de este cuerpo legal, que establecen expresamente el resarcimiento del daño moral. Dichas normas son:

-el artículo 1656 que contempla que en caso de difamación, calumnia o injuria, la reparación se determinará en proporción al daño moral y a los perjuicios que se derivaron.

-el artículo 225 establece: 'La madre tiene derecho a ser indemnizada del daño moral en los casos de acceso carnal delictuoso, o de minoridad al tiempo de la concepción'.

De todo lo anterior, puedo decir que en Guatemala, la reparación del daño moral dentro del ámbito extracontractual se encuentra plenamente fundamentada en forma legal, al existir las normas antes citadas. Además, no debemos olvidar que el artículo 5 de la Constitución Política de la República consagra la libertad de acción, es decir, que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, y al no existir disposición legal alguna que prohíba la reparación del daño moral extracontractual, ésta se encuentra permitida.

1.3 El daño moral dentro del ámbito de la responsabilidad contractual

Quien mejor ha explicado las diferencias entre la responsabilidad extraconceptual y la contractual en el tema del daño moral, es el autor Guillermo Borda. Su posición no era partidista de la indemnización del daño moral contractual, admitiendo la reparación en este ámbito, solamente en algunos contratos cuyo fin fuera predominantemente moral. A este respecto decía:

> *'La ley debe ser más severa con el autor del hecho ilícito que con el incumplidor de una obligación. En el respeto de una norma jurídica está comprometido un interés de orden público. Su violación causa un perjuicio grave e inmediato de orden social; importa un escándalo del punto de vista del derecho positivo. La violación de un contrato no es tan grave. Cierto que también hay un interés general en que los contratos sean cumplidos, pero ese interés público sólo juega de manera mediata. Lo inmediato es sólo un interés privado (...) Y por ello también la ley ha sido más rigurosa al considerar la indemnización del daño moral en los hechos ilícitos que en el incumplimiento contractual'.*[13]

Doctrinariamente, la procedencia de la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual es una cuestión muy debatida. Las personas que admiten dicha reparación dicen que la patrimonialidad de la prestación objeto de la obligación contractual no es un obstáculo para que se pueda resarcir el daño moral, fundamentándose en dos razones básicas:

- puede mediar de parte del acreedor un interés extrapatrimonial, moral o de afección, en el cumplimiento o pago por el deudor;
- también se debe de tomar en cuenta el derecho que tiene el acreedor al goce de los bienes debidos, ya que el incumplimiento frustra esa posibilidad de goce.

Los autores Henry y León Mazeaud y André Tunc, comparten esta postura diciendo que no existe ninguna razón para tratar de manera diferente los dos órdenes de responsabilidad. Para ellos, todos los argumentos invocados a favor de la reparación del perjuicio moral en materia de la responsabilidad extracontractual valen también cuando se trata del incumplimiento de un contrato. Agregan que

> *'cabe incluso decir que sería más inicuo en materia contractual que en materia delictual negarle una satisfacción a aquel cuyo patrimonio moral ha sido lesionado: porque ha tenido el cuidado de celebrar una convención para asegurarse una ventaja de orden extrapecuniario; con frecuencia ha prometido una contrapartida en dinero; por ese hecho, la evaluación del perjuicio se encuentra grandemente facilitada'.*[14]

Dentro de la legislación argentina, se le concede reparación al daño moral en materia contractual en algunos casos, como por ejemplo: en el caso de incumplimiento de una convención referente a una cosa que no posee sino un valor moral, como un retrato de familia; en el caso de que la ruptura injustificada de un contrato celebrado con un arquitecto atente contra la reputación de este último; en el caso en que la ruptura abusiva de un contrato de trabajo por parte de un obrero le haga sufrir al patrono 'un daño moral en su autoridad de patrono'; y cuando un médico, por no cumplir con su obligación con-

13 J. Mosset Iturraspe, 1986-IV:154
14 Ihering, en L. Mazeud, H. Mazeud y A. Tunc, 1961-I:467

tractual de dar los cuidados prudentes y diligentes a su cliente, le causa a éste un perjuicio moral, tal como lo son sufrimientos físicos o cicatrices.

En el Derecho comparado, casi todas las legislaciones no se pronuncian al respecto. Este es el caso de Francia, Bélgica, España, Holanda, Uruguay, Chile, Brasil, Ecuador, Colombia, Venezuela, Nicaragua, El Salvador, etcétera. Existen también ciertas legislaciones que lo aceptan expresamente como lo son los Códigos de Filipinas, el Suizo de las Obligaciones, el Código Libanés y el Código Civil Mexicano (Distrito Federal), en su segundo párrafo establece:

> *'Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual'.*

El problema sobre la aceptación del resarcimiento del daño moral en materia contractual, radica básicamente en la herencia romana. Ello se debe, a que aunque el Derecho romano si concedía reparación del daño moral en materia contractual al igual que en materia extracontractual, existió un error de interpretación al ser legada la tradición romana, ya que los franceses entendieron que los romanos no aceptan dicha indemnización. Sin embargo, actualmente la gran mayoría de los autores sí admiten la reparación del perjuicio moral en materia contractual.

Ahora debemos de pasar a analizar este tema en su aplicación en Guatemala. Lo primero que salta a la vista es una interrogante, ya que como lo vimos anteriormente, la legislación guatemalteca sí contempla la posibilidad del resarcimiento del daño moral dentro de la responsabilidad penal y la extracontractual, pero ¿sucede lo mismo con la responsabilidad contractual?

Primero que todo, debo decir que en la legislación guatemalteca no existe disposición legal al respecto. El artículo 1434 del *Código Civil* define a los *daños* como aquéllos 'que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre *en su patrimonio*', y los *perjuicios,* como 'las ganancias lícitas que deja de percibir'. Como se puede observar, la anterior definición excluye por completo el resarcimiento del daño moral en materia contractual, ya que la ley es clara al decir que deben ser daños patrimoniales, excluyendo así cualquier otro tipo de daño.

Ahora bien, algunas personas podrían argumentar que la legislación guatemalteca sí permite el resarcimiento del daño moral dentro del ámbito contractual, fundamentándose en el hecho que el artículo 1434 anteriormente citado es nulo, al restringir los derechos constitucionales del damnificado por un daño moral.

Esto deviene de la circunstancia que el artículo 44 de la Constitución Política de la República, el cual ya fue citado con anterioridad al tratar lo referente a la supremacía constitucional, establece que... 'Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza'. Y, debido a que la Constitución le garantiza a los habitantes de la República, entre otras cosas, justicia, paz, seguridad y el desarrollo integral de su persona, sí es posible el resarcimiento del daño moral dentro del ámbito contractual.

Como ya lo mencioné anteriormente, a mi criterio, en Guatemala sí es posible solicitar el resarcimiento de un daño moral dentro del ámbito extracontractual, sin enfrentar ningún tipo de problema. Ya que la definición legal antes citada solamente es aplicable al ámbito contractual, no solamente por su ubicación dentro del código, sino además por lo establecido dentro de la Exposición de Motivos del *Código Civil.* Según dicha Exposición de Motivos:

> *'la indemnización de daños y perjuicios procede siempre que el deudor no cumple su obligación, o la cumple imperfectamente, o con retardo. El acreedor tiene, en efecto, el derecho de exigir al deudor que cumpla su obligación en el plazo y forma estipulada. Si este cumplimiento directo no se logra, el acreedor puede exigir el cumplimiento equivalente, o sea el pago de la indemnización (...) El objeto de la indemnización es, pues, resarcir al acreedor el daño que sufre por cualquiera de los tres motivos indicados, pagándole una cantidad equivalente a la utilidad o beneficio que le habría producido el cumplimiento de la obligación'.*

De todo lo anteriormente citado, se deduce que dicha definición legal contenida en el artículo 1434

del *Código Civil* sólo es aplicable dentro del ámbito de la responsabilidad contractual.

Ahora bien, el resarcimiento de un daño moral dentro del campo contractual, sí podría enfrentar ciertos problemas al existir la definición legal anteriormente citada. Es cierto que podríamos argumentar, como ya lo mencioné, que dicha norma es nula, pero no debemos olvidar que dicha nulidad debe ser declarada por la Corte de Constitucionalidad, a través de una acción de inconstitucionalidad. Mientras esto sucede, debemos pensar que dicha indemnizabilidad del daño extrapatrimonial en nuestra legislación, solamente existe dentro del ámbito aquiliano y el delictual. Por lo que, cuando alguna norma legal dentro del ámbito contractual hable de 'daños y perjuicios', debemos de tomar en cuenta que hace referencia solamente al daño patrimonial o material.

Como ya lo mencioné anteriormente, de todas posturas que tratan sobre la indemnizabilidad del daño moral, a mi criterio, la postura correcta es la cuarta. Dicha postura es aquella que permite la indemnización del daño moral en todos los casos de responsabilidad aquiliana, haya o no delito penal. Por lo que yo estoy a favor de que se repare el daño moral en todos los casos de responsabilidad extracontractual y delictual, pero nunca en los casos de responsabilidad contractual, debido a varias razones:

Primero que todo, los contratos sólo pueden referirse a intereses pecuniarios, ya que sólo pueden ser objeto de los actos jurídicos y de los contratos las cosas que están en el comercio; y la libertad, el honor, la inteligencia, y demás componentes de la persona que pueden ser objeto de un daño moral, no forman parte del patrimonio de una persona. Ya que el patrimonio de una persona solamente está conformado por la universalidad jurídica de sus derechos reales y de su derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes.

Como segundo argumento, existe la norma ya mencionada que contiene la definición legal de 'daños' dentro del ámbito contractual, la que impide en cierta manera, fundamentar su reparación en Guatemala. Por lo que si deseamos poder solicitar el resarcimiento de un daño moral contractual en nuestro país, la definición legal establecida actualmente en el artículo 1434 del *Código Civil* debe ser reformada, o dicho artículo debe ser declarado inconstitucional.

Bibliografía

Alterini, Atilio Aníbal

1987 *Responsabilidad civil.* 3ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Black, Jr., Kenneth

1976 [Huebner, S.S.; -]

Boffi Boggero, Luis María

1985 *Tratado de las obligaciones.* Tomo 2, 5, 6. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Bonfante, Pedro

1965 *Instituciones de derecho romano.* Traducción por Luis Bacci y Andrés Larrosa. 3ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus.

Bonnecase, Julien

1945 *Elementos de derecho civil.* Volumen XVI. Tomo 2, 'Derecho de las Obligaciones de los Contratos y de Crédito'. México: Editorial José M. Cajica.

Borda, Guillermo A.

1976 *Tratado de derecho civil.* Tomo I, 'Obligaciones'. 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Busnelli

1991 [Mosset Iturraspe, Jorge; Diez; Picazo; -; Perret; Da Cuoto; Silva]

Bustamante Alsina, Jorge

1987 *Teoría general de la responsabilidad civil.* 5ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Casares, Tomas D.

1973 *La justicia y el derecho.* 3ª edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Código Civil

1963 *Código Civil.* Guatemala: Decreto Ley 106, emitido el 14 de septiembre de 1963 por Enrique Peralta Azurdia.

Código Civil Mexicano

1928 *Código Civil mexicano.* Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, emitido el 30 de agosto de 1928.

Código Penal

1973 *Código Penal.* Guatemala: Decreto 17-73 del Congreso de la República, emitido el 5 de julio de 1973.

Código Procesal Civil y Mercantil

1963 *Código Procesal Civil y Mercantil.* Decreto ley 107, emitido el 14 de septiembre de 1963 por Enrique Peralta Azurdia. Guatemala: Tipografía Nacional.

Compagnucci de Caso, Rubén H. [Zannoni, Eduardo A.]
1984 *Responsabilidad civil y relación de causalidad; responsabilidad por productos elaborados.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

Constitución
1985 *Constitución Política de la República de Guatemala.* Guatemala: Tipografía Nacional.

Convención Americana
1978 *Convención Americana sobre los Derechos Humanos.* Suscrita en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y ratificada por Guatemala a través del Decreto 6-68 del Congreso de la República, de fecha 30 de marzo de 1978.

Chacón de Machado, Josefina [Gutiérrez de Colmenares, Carmen María]
1990 *Introducción al Derecho.* Guatemala: Universidad Francisco Marroquín, IDEA, la Universidad en su Casa.

Da Cuoto
1991 [Mosset Iturraspe, Jorge; Diez; Picazo; Busnelli; Perret; -; Silva]

Diccionario
1968 *Diccionario de la Lengua Española.* Madrid: Real Academia Española.

Diez
1991 [Mosset Iturraspe, Jorge; -; Picazo; Busnelli; Perret; Da Cuoto; Silva]

Enciclopedia
1968 *Enciclopedia jurídica Omeba.* Tomo 5. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Exposición
1963 *Exposición de motivos del Código Civil.* Decreto Ley 106), de fecha 14 de septiembre de 1963. Guatemala: Casa Editora Gómez Robles.

García Máynez, Eduardo
1994 *Filosofía del Derecho.* 7ª edición. México: Editorial Porrúa, S.A.

Gasperi, Luis de
1964 *Tratado de Derecho Civil.* Tomo 2, 'Obligaciones en general' y Tomo 4, 'Responsabilidad extracontractual'. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1964

Gauddemet, Eugene
1974 *Teoría general de las obligaciones.* México: Editorial Porrúa, S.A.

Ghersi, Carlos Alberto
1992 *Reparación de daños.* 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Giorgi, Jorge
1928 *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno.* Volumen II. Madrid: Editorial Reus, S.A.

Gutiérrez de Colmenares, Carmen María
1990 [Chacón de Machado, Josefina; -]

Huebner, S.S. [Black, Jr., Kenneth]
1976 *El seguro de vida.* Madrid: Editorial MAPFRE, S.A.

Legaz y Lacambra, Luis
1978 *Filosofía del Derecho.* 5ª edición. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, S.A.

Ley del Organismo Judicial
1993 *Ley del Organismo Judicial.* Decreto 2-89 del Congreso de la República, emitido el 10 de enero de 1989 y reformado según los Decretos Legislativos 64-90, 75-90 y 11-93. Guatemala: Tipografía Nacional.

Martí Báez, José Eduardo
1992 *Análisis del daño moral en el ordenamiento jurídico guatemalteco.* Guatemala.

Mazeud, Henri
1961 [Mazeud, León; -; Tunc, André]
1969 [Mazeud, León; -; Tunc, André]

Mazeud, León [Mazeud, Henri; Tunc, André]
1961 *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual.* Volumen I. Tomo Primero. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
1969 *Lecciones de derecho civil.* Parte Segunda. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Melich Orsini, José
1975 *Estudios de derecho civil.* 1ª edición. Venezuela: Ediciones Fabretón.

Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora
1989 *La responsabilidad civil en la era tecnológica.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Morello, Augusto M.
1974 *Indemnización del daño contractual.* 2ª edición. Buenos Aires: Librería Editora Platense-Abeledo Perrot.

Mosset Iturraspe, Jorge [Diez; Picazo; Busnelli; Perret; Da Cuoto; Silva]
1991 *Daños.* Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Mosset Iturraspe, Jorge
1982 *Responsabilidad por daños.* Tomo 1: 'Responsabilidad por daños'; Tomo 3: 'Eximentes'; y Tomo 4: 'El Daño Moral'. Argentina: EDIAR.

Perret
1991 [Mosset Iturraspe, Jorge; Diez; Picazo; Busnelli; -; Da Cuoto; Silva]

Picazo
1991 [Mosset Iturraspe, Jorge; Diez; -; Busnelli; Perret; Da Cuoto; Silva]

Pothier
1993 *Tratado de las obligaciones.* Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Puig Peña, Federico
1976 *Compendio de derecho civil español.* Tomo 3: 'Obligaciones y Contratos'. Madrid: Pirámide.

Recasens Siches, Luis
1991 *Filosofía del derecho.* México: Editorial Porrúa,

REVISTAS

El artículo correspondiente a esta sección fue separado de este número para subsanar errores de edición. Será incluido en el próximo número. Presentamos a nuestros lectores las excusas del caso.

BRENDA ANABELLA QUIÑONES DONIS[1]

Estudio dogmático de la cesura del juicio penal del proceso penal guatemalteco

Sumario

Introducción
1 El procedimiento común
2 El debate o juicio penal. Las garantías
3 El desarrollo del debate
4 Principio de unidad del debate o máxima de concentración
5 La cesura del juicio penal o división del debate único
Bibliografía

Introducción

La dogmática jurídica es el método de investigación que se aplicará -en este caso-, al estudio de una de las partes de la estructura legal que integran el nuevo proceso penal de Guatemala. Se fundamenta por necesidad metodológica, en el sistema positivo, con el objetivo principal de contribuir a la elaboración sistemática de la *cesura del debate* -una figura nueva en nuestro medio forense-, para establecer los elementos y las características que nos permitan llegar a su definición, para encontrar su significado y función dentro de toda la institución adjetiva penal, permitiendo su mejor aplicación en los diversos casos en que se haga necesario.

Con base en los postulados de este método jurídico (utilizado desde el imperio romano aunque no con este nombre), también nos guiaremos por principios jurídicos reconocidos por la ley, lo que los hace parte de la legislación y consecuentemente, normas de derecho vigente. Pero al igual que los romanos, sin pretensiones de perfección pero sí con el deseo dar un aporte sencillo pero claro al debate jurídico guatemalteco.

1 El procedimiento común

El *Código Procesal Penal* guatemalteco, establece un procedimiento común dividido en varias fases, que incluye los principios y garantías constitucionales penales, que se encuentran latentes dentro de cada fase del proceso, desde su inicio hasta el final de ese 'camino' previo a la declaración judicial que condene o absuelva al imputado.

Las fases del proceso penal son: preparatoria, intermedia, juicio, impugnaciones y ejecución.[2]

1.1 El procedimiento preparatorio

La fase preparatoria tiene por objeto primordial, la recolección de la evidencia y averiguaciones o investigaciones; el fiscal dirige la investigación criminal, junto con sus auxiliares, los miembros del cuerpo de investigadores criminales.[3]

Catedrática de Derecho Procesal Penal y Jurisprudencia Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín

No obstante la clara división legal del proceso, el análisis nos da, una previa o 'preliminar' que aunque no se encuentra debidamente identificada en la legislación positiva, se desprende de la normativa que se refiere a la actuación policial, cuando actúa a prevención. De todos es conocido que, en Guatemala, existen hasta hoy tres cuerpos policiales, que ejercen -contradictoriamente- funciones de prevención y de investigación al mismo tiempo, dos de ellos que dependen del Ministerio de Gobernación y el tercero del Ministerio de la Defensa y un cuerpo de investigadores del Ministerio Público. Más amplio en Brenda Anabella Quiñones Donis, 1995 y en *Manual de Policía* de la misma autora. Además hacer referencia a la ley que las creó.

Nuestra legislación le asigna al juez de instrucción la tarea de contralor de esa 'actividad' fiscal y policial que pretende obtener evidencias para averiguar la verdad 'real',[4] que posiblemente apoyen un requerimiento fiscal, que incluso puede ser la acusación (servirá entonces esa investigación para promover la acción pública y ejercerla con posterioridad), en cuyo caso continúa el proceso con la fase intermedia.

Procedimiento, también denominado fase de averiguación, con la finalidad de averiguar la comisión de un hecho punible y las circunstancias que sean de importancia para poder establecer en su momento un juicio de valor, para acusar o no acusar a determinada persona. En él, por tanto, se averigua el hecho y se preparara la acusación.[5]

La Fiscalía tiene obligación de averiguar las circunstancias del hecho punible del que, por la vía que fuere, haya tenido conocimiento. Presupuesto para la práctica de actos que sirvan a dicha averiguación, es la sospecha de la comisión de un hecho punible.[6] Además debemos entender que nuestro *Código Procesal Penal* establece claramente que la noticia de un acto criminal puede llegar al sistema de justicia penal, mediante denuncia, querella, por actividades 'a prevención' que realizan los agentes del orden público o funcionarios que hacen cumplir la ley, o de oficio de estos mismos empleados y funcionarios.

Es indispensable tomar en cuenta que, además de la función contralora del juez de instrucción en la fase preparatoria sobre la actividad fiscal y policial, éste necesariamente debe intervenir para autorizar y decidir sobre los actos que afecten garantías constitucionales, la aplicación de alguna medida de coerción o restrictiva de la libertad o el diligenciamiento de pruebas anticipadas o irreproductibles.

1.2 El procedimiento intermedio

Es una función de control negativa, puesto que se trata de analizar y establecer si existe una sospecha suficiente para imputar a una persona, el hecho punible investigado, con base en los actos practicados en el preparatorio.

> *'Esta fase comienza con la presentación del escrito de acusación, el cual debe comunicarse inmediatamente al acusado... cn la misma, el órgano jurisdiccional debe meditar si procede seguir adelante con la acusación, entrándose entonces en el llamado procedimiento principal* (se refiere a nuestro juicio o debate)'.[7]

Durante la fase intermedia los sujetos procesales realizan una fiscalización directa sobre ese 'requerimiento fiscal', de fondo y de forma (Derecho sustantivo-Derecho adjetivo), que puede tener inconsistencias y ser susceptible de depuraciones y por tanto, se ordene completar la investigación, se sobresea o se archive el proceso; se dicte el auto de apertura del juicio penal; en este caso la causa sigue su 'camino', porque la acusación penal ha sido 'fiscalizada' y 'purificada' y conlleva el mérito o el fundamento, para que se abra el juicio penal.

1.3 El juicio penal o debate

Su objeto es juzgar y aplicar la ley penal; éste es conocido por un tribunal de sentencia. Hay audiencias preparatorias o preliminares al debate, donde los sujetos pueden plantear excepciones, recusaciones, impedimentos y excusas, con posterioridad se deben ofrecer las pruebas que se reproducirán durante el juicio, se podrá solicitar aun aquí, anticipos de prueba, la unión y separación de juicios, cuando se trate de dos o más imputados y el mismo tribunal, se puede ordenar -de oficio- la recepción de pruebas pertinentes e incluso se puede dictar el sobreseimiento o el archivo de la causa -obviamente cuando hubiera mérito para proceder de esa manera-. Sin embargo, para efecto de nuestro estudio, también en este período puede solicitarse la 'División del Debate Unico', que analizaremos.

4 Como sabemos, esa verdad real puede ser la conclusión basada en elementos de juicio que informan al juzgador la culpabilidad o la inocencia del imputado, esto último, tomando en cuenta que el fiscal no es parte en sentido material sino formal del proceso penal, sino sólo en sentido formal, puede incluso obtener y solicitar el sobreseimiento o la absolución del procesado, postura que recoge nuestra legislación vigente.

5 J.L. Gómez Colomer, s.f.: 232

6 *Ibidem*, 149.

7 *Ibidem*, 233.

2 El debate o juicio penal. Las garantías

Las garantías y los principios constitucionales penales tienen su apreciación máxima en esta fase procesal, debido a la publicidad del juicio y el acceso al mismo por parte de cualquier ciudadano y no sólo de los interesados.[8]

El principio de juez natural, inmediación, oralidad, publicidad, continuidad, contradictorio y unidad del debate, garantizan la transparencia en la administración de justicia, debido a la fiscalización directa de los sujetos involucrados y la indirecta de la colectividad.

En esta fase, luego de la 'proposición', se han de reproducir las pruebas de cargo y de descargo y se discutirán las cuestiones a decidir (objeto procesal).[9]

3 El desarrollo del debate

El juicio penal inicia con la constatación de la comparecencia de todos los sujetos procesales; el presidente del tribunal colegiado (compuesto por tres abogados), declara abierto el juicio, luego deberá requerir del imputado su máxima atención en cuanto a todo lo que contezca, debido a la importancia y a las consecuencias que pueda tener el juicio en su contra. Con posterioridad ordena la lectura de la acusación y del auto de apertura del juicio. Pueden plantearse incidentes y una vez resueltos, el presidente del tribunal deberá explicarle de una manera sencilla (inteligible para el imputado) el hecho que se le imputa, además de advertirle de su derecho a guardar silencio (abstención, que forma parte del principio de inocencia) sin que esto le perjudique y que de cualquier manera, el juicio deberá continuar.

Si el imputado se abstiene de declarar, el presidente del tribunal no puede interrogarlo, menos aún la fiscalía y la defensa, ni las partes civiles; sin embargo, si el imputado declara, el presidente procede a formular una pregunta 'abierta', es decir, 'que declare cuanto sabe del hecho que se le atribuye', al finalizar la declaración, se procede a realizar el interrogatorio, que empieza con el fiscal, luego el querellante adhesivo (si es que hay), el defensor, las partes civiles y finalmente los miembros del tribunal.[10]

Finalizado el interrogatorio, el presidente declara abierto el período de recepción de pruebas; como sabemos el sistema que sigue nuestra legislación respecto a los medios de prueba es *numerus apertus* y *no clausus*, por tanto nuestra legislación admite el principio de la libertad probatoria.

Tanto la fiscalía como el querellante, el actor civil, el defensor y el tercero civilmente demandado emitirán conclusiones, es decir, plantearán sus argumentos en relación a las pruebas recibidas. El fiscal y el defensor tienen derecho a réplica. El agraviado y el imputado también podrán hacer uso de la palabra si lo desean. Después el presidente del tribunal declarará clausurado el debate, notificando a los sujetos la hora en la que se pronunciará la sentencia y se retiran a deliberar en forma secreta,[11] valorando las pruebas de conformidad al sistema de la sana crítica racional[12] y se resuelve de conformidad a la mayoría de votos (de tres), quien no estuviera de acuerdo podrá razonar su voto. El orden de deliberación está enumerado en el artículo 386 del CPP, el orden es así: 1) cuestiones previas; 2) existencia del delito; 3) responsabilidad penal del acusado; 4) calificación legal del delito; 5) pena a imponer; 6) responsabilidad civil; 7) costas, y lo demás que el Código u otras leyes señalen. La decisión posterior versará sobre la absolución o su condena.

La lectura de la sentencia equivale a la notificación para los sujetos, que podrá ser solamente de la parte resolutiva y una relación de los fundamentos que

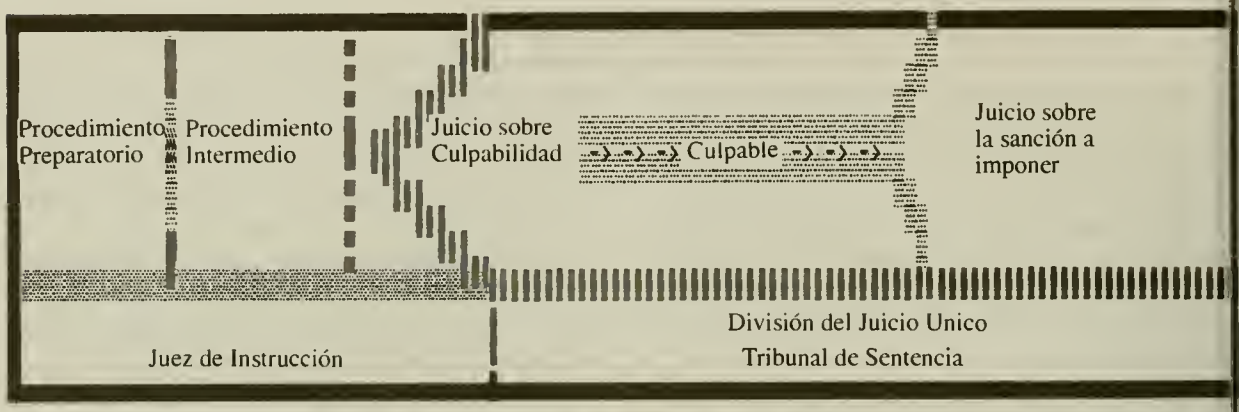
8 Siguiendo al profesor Alfredo Vélez Mariconde, nos referimos al de Oficialidad, Verdad Real e Inviolabilidad de la Defensa, que comprenden una serie de principios que reconoce nuestra legislación. Además debemos recordar las restricciones a la publicidad, la legislación establece algunas excepciones bien justificadas en el art. 356 del CPP, por ejemplo, el caso en el que el ofendido es un menor de edad. Más ampliamente en A. Vélez Mariconde, 1981-II:173-243.

9 En J. Baumann, 1989:268-269, establece que la dogmática del derecho procesal penal sobre el objeto del proceso, se ha desarrollado en forma independiente; define al objeto procesal como la pretensión penal estatal, que trata no sólo de hechos, sino también aspira a una consecuencia jurídica determinada.

10 Al respecto, más ampliamente en B. A. Quiñones Donis, 1995.

11 Es indispensable mencionar que el artículo 384 del CPP, confiere la facultad de reabrir el debate, cuando el tribunal, al momento de deliberar, considera oportuna la reapertura para ampliar o recibir nuevas pruebas, esa nueva audiencia debe realizarse en un término no superior a los ocho días.

12 Nuestro legislador la denominó 'sana crítica razonada', es indispensable recalcar que no existe sana crítica sin que sea fundamentada o razonada, por tanto es una innecesaria reiteración.



El Proceso Penal Guatemalteco. Procedimiento Común.
La Cesura del Juicio Penal

motivaron la decisión; esto no obsta a que se lea la lectura en forma íntegra, dentro de los cinco días siguientes al pronunciamiento.

4 Principios de unidad del debate o máxima de concentración

Su fundamento es evitar la demora del juicio a través de una 'máxima de concentración', es decir 'el debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su conclusión. Se podrá suspender por un plazo máximo de diez días' (art. 360 CPP). Los motivos para suspender el debate están enumerados en el citado artículo del CPP, sin embargo es necesario hacer notar que la 'interrupción' (361 CPP, si no se reanuda el debate dentro del término referido), tendrá como consecuencia, iniciar de nuevo el debate. Además puede otorgarse una suspensión por un plazo prudencial, que fijará el juzgador, cuando sea indispensable que la defensa se prepare debido a la ampliación de la acusación (art. 373 CPP), además nuestra ley faculta al juzgador o a los sujetos procesales a solicitar la suspensión en el caso de pruebas extraordinarias pertinentes o útiles o en el caso de necesitar que se amplíe alguna ya reproducida en el debate, el plazo, no puede ser mayor de cinco días.

El principio de unidad del debate, de nuestro ordenamiento positivo, tiene una connotación especial y consiste en el estudio de este trabajo, es decir, la cesura del juicio penal.

5 La cesura del juicio penal o división del debate único.

Es una institución jurídica de origen alemán (*Schuld interlokat*) e inglés, conocido también como interlo cutorio de culpabilidad o juicio bifásico, que s incluye en nuestro ordenamiento jurídico positiv art. 353 del CPP) y tiende fundamentalmente a efec tivizar el principio de inocencia.

Nuestra legislación, simplemente le ha denom nado 'División del Debate Unico'. Consiste en 'div dir' el debate o juicio penal 'único' en dos audiencia sin que esto viole el principio de unidad del debat ya que como lo establece la ley, si no existiera est excepción bien determinada, produciría una suspen sión con la sanción de reiniciar el debate desde el in cio. Es pues la facultad que 'permite postergar l discusión de antecedentes criminales hasta el final d la vista, lo que significa un primer paso hacia ur bipartición del juicio por un interlocutorio',[13] qu por otro lado, evitará el prejuzgamiento del juzgado respecto al pasado del imputado, que sólo ha de ater derse al medir la pena a imponer de resultar culpabl

La separación en dos fases del juicio penal, cor siste en examinar en una primera audiencia, todo l relacionado a la posible culpabilidad del imputad (hechos probados), y sólo si éste resulta responsabl se acude a la segunda audiencia, en la que se exam nará lo relativo a la imposición de una pena.

Esto significa que, de existir la segunda fase d juicio, ahí se reproducirían todas las pruebas que pe

13 W. Schone, 1988.

mitan llevar a la convicción del juzgador, los elementos para que determine y decida la sanción penal a imponer, es decir, que se tratarían los temas de los antecedentes penales, policíacos, la reincidencia, multireincidencia, etc., o reacción penal en contra del culpable, bajo el esquema, de atender a la personalidad, a la peligrosidad, a la posible 'resocialización', o a mi juicio, la reincersión del declarado culpable, para cuantificar el mínimo o el máximo de las posibles sanciones penales a imponer, es decir, la individualización de la pena, que desde luego serán más racionales y adecuadas a cada caso en particular, observando las mismas garantías procesales que nuestra legislación establece, para el juicio sin división (el derecho de defensa material y técnica, oralidad, publicidad, contradictorio y continuidad).

Existe un dilema serio para el defensor, cuando trata de procurar una eficiente defensa técnica (misión unilateral del defensor), que en determinado momento del debate sin división, al emitir conclusiones argumenta la inocencia del imputado, pero a la vez, la pregunta concreta es, cómo puede el mismo defensor insistir acerca de esa inocencia y al mismo tiempo solicitar 'que en caso el juzgador lo encontrara culpable imponga una pena menor debido a ...?' como vemos es una contradicción en sí misma. Este dilema lo resuelve la división del debate único, ya que el defensor procurará una eficiente defensa técnica y si los hechos probados le informan al juzgador de la culpabilidad del imputado, en la segunda fase del juicio, el defensor podrá, argumentar con toda confianza basado en pruebas, que el máximo de la pena o determinada pena a pedido del fiscal, es un exceso, explicando los motivos, solicitando la aplicación de un mínimo o incluso solicitando el beneficio de la suspensión condicional de la pena. La fase donde se examinará sobre la posible pena a imponer, debe comenzar al día siguiente hábil de la conclusión de la primera fase del debate en la que se ha declarado la culpabilidad del imputado; en la segunda audiencia, se recibirán también las pruebas respectivas. En este sentido, esta institución no violenta el principio de la unidad del debate y ofrece más garantías para que la sanción como reacción o reproche al delito cometido sea más racional y objetiva.

Aunque teóricamente existe discrepancia para establecer los alcances y límites del conocimiento de cada una de las fases del juicio penal, nuestra legislación, las establece claramente.

El artículo 353 establece, entonces, que procede su autorización, cuando se trate de un delito grave y lo haya solicitado el Ministerio Público o el Defensor. De autorizarse esta división deberá informarse como mínimo, antes de la apertura del debate.

Por consiguiente, la cesura del juicio penal es la separación del juicio penal en dos audiencias, que se consideran como una sola -con todas las garantías constitucionales penales- para juzgar y aplicar la ley penal en cada una de ellas: en la primera, la posible culpabilidad del imputado y en la segunda audiencia, imponer una sanción racional y objetiva al declarado responsable de la comisión de un delito al finalizar la primera audiencia.

El elemento subjetivo de la cesura del juicio penal es la decisión del juzgador y el elemento objetivo es evitar el prejuzgamiento o prejuicio del juzgador respecto al procesado, que claramente objetivizan plenamente los principios constitucionales de defensa e inocencia.

Bibliografía

Baumann, Jurgen
1989 *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales.* Buenos Aires: Depalma.

Cabanellas, Guillermo
1989 *Diccionario enciclopédico de Derecho usual.* Tomo III. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Código de Procedimientos Penales
Código de procedimientos penales de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Código Procesal
Código procesal penal de Guatemala. Guatemala: Tipografía Nacional.

Código Procesal Penal
Código procesal penal modelo para Iberoamérica

Constitución
Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala: Tipografía Nacional.

Diez-Picazo
1982 *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho.* Barcelona: Editorial Ariel.

Enciclopedia
Enciclopedia jurídica Omeba. Tomo IV. Buenos Aires.

García Maynez, Eduardo
1971 *Introducción al estudio del Derecho.* México: Editorial Porrúa, S.A.

Hassemer, Winfried
1984 *Fundamentos del Derecho penal.* Madrid: Bosch.
Kaufmann, Armin
1977 *Teoría de las normas. Teoría de la dogmática penal moderna.* Buenos Aires: Depalma.
Maier, Julio
1989 *Derecho procesal penal argentino.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L.
Maier, Julio
1978 *La ordenanza procesal penal alemana.* Buenos Aires: Ediciones Depalma.
Monroy Cabra, Marco G.
1990 *Introducción al Derecho.* Bogotá: Temis.
Quiñones Donis, Brenda Anabella
Manual de policía. Guatemala.
1994 *La justicia penal en Guatemala.* Guatemala.
1995 'La declaración del imputado y la confesión'. *Revista de la Facultad de Derecho.* V(11):33-57. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín.
Schone, Wolfgang
1988 *Líneas generales del proceso penal alemán. Comisiones rogatorias.* N° III. Galicia.
Serrano-Piedecasas, José
1995 *El objeto y el contenido de la dogmática jurídico penal en el causalismo y en el finalismo.* Ponencia. Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Penal. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
Vélez Mariconde, Alfredo
1981 *Derecho procesal penal.* Tomo I y Tomo II. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.
Villegas Lara, René Arturo
Introducción al estudio del Derecho. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

La historia de la libertad es una historia de resistencia; es la historia de la limitación a los poderes del gobierno, no de su incremento.

Woodron Wilson

Economía y Derecho

JOSE LUIS GONZALEZ DUBON[1]

Democracia, Estado de Derecho y Estado Benefactor

Sumario

Presentación
1 El condicionamiento del pensamiento
2 La democracia como regla de mayorías
3 El Estado de Derecho
4 Conclusiones
Bibliografía

Presentación

El Análisis Económico del Derecho (Economics of Law) y el Análisis Económico de la Política (Public Choice & Constitutional Economics) son escuelas de pensamiento que dominan la vanguardia de los estudios contemporáneos en las Escuelas de Derecho de Estados Unidos y de los principales países de Europa, desafortunadamente pero en Guatemala no se han enseñado estas materias en ninguna universidad, hasta el año pasado, en que se inició su docencia en el programa de Doctorado de la Universidad Francisco Marroquín, con la exposición de intelectuales como José Luis Carvallo, Enrique Gersi y Michael Krausse, habiendo abierto una posibilidad hasta entonces desconocida de utilizar instrumentos diferentes de la herramienta intelectual de los Abogados, para el análisis de conceptos e instituciones jurídicas cuya inoperatividad es evidente, pero cuya penetración adolecía de carencia de la herramienta académica necesaria.

La ciencia económica como instrumento adicional de enfoque de Derecho no debe entenderse como la ciencia de análisis matemático en que fue transformada durante una época y que impedía el acceso de los intelectuales de las ciencias sociales, no versados en esa área del conocimiento, sino como un desarrollo de la teoría de la acción humana, por lo que quizás hubiera resultado más adecuado hablar de un enfoque praxeológico del Derecho, que de un enfoque económico; sin embargo, siendo este último el término que se utiliza por las corrientes intelectuales de vanguardia, no encontramos objeción en utilizarlo en este trabajo.

He hecho una traducción libre del inglés, de las partes pertinentes de los trabajos de James M. Buchanan, Gordon Tullock, Hillary Bellock, Andrew J. Polsky y Wilhem Von Humboldt, por la carencia de textos traducidos al español y sólo pretendo despertar la curiosidad intelectual de los colegas guatemaltecos interesados en estos temas.

Somos, en gran medida, prisioneros del ambiente que nos rodea (Gottfried Dietze)[2]

1 El condicionamiento del pensamiento

La población secular y particularmente los nacidos después de la Segunda Guerra Mundial, -que constituyen actualmente la mayor parte de la población-, podríamos encontrarnos condicionados, maniatados y cautivos de las ideas de nuestro siglo.

Como en la fábula hindú, nacimos empollados por una gallina, creímos ser hermanos de los demás polluelos, aprendimos a piar, y a comer

1 Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.
2 'El Gobierno Constitucional', 1984:6.

gusanos y maíz. Es hasta que nos vemos en el espejo de un río que nos damos cuenta que somos una especie diferente de aquella que vive cautiva en el corral, vemos a otras aves de nuestra especie volar por los cielos, nos damos entonces cuenta que tenemos alas y en un impulso irresistible las agitamos, alzamos el vuelo y nos damos cuenta que somos águilas.

Al decir de Hayek 'nuestros puntos de vista sobre nuestras acciones y fines son principalmente preceptos adquiridos como parte de la herencia de nuestra sociedad'.[3] Parte de las ideas que nos condicionan y nos hacen esclavos, son las ideas que sostienen que democracia es el imperio ilimitado de la voluntad de las mayorías, y que estado de derecho es el que cumple con la ley.

La falta de tradición libertaria nos ha llevado a aceptar sin mayor crítica, análisis o cuestionamiento, los conceptos referidos, a pesar de que muy en el fondo de la naturaleza del hombre, palpita la intuición de que hay en ellos algo extraño, algo que no encaja en la visión que tenemos de cómo debe ser nuestro destino y el futuro de nuestro país; probablemente ese mismo sentimiento estaba latente en el corazón del águila de la fábula hindú. Por esa razón le está llegando al hombre de nuestro medio, el momento de darse cuenta de que al igual que el águila del relato, él es un ser libre, que el Estado está hecho para el hombre y no el hombre para el Estado.

Me parece interesante la observación de José Luis Carvallo,[4] en el sentido de que la cultura ibérica, heredada por Latinoamérica es un factor determinante en la resistencia persistente de las sociedades latinoamericanas para entrar en la modernidad. De manera ilustrativa Carvallo sostiene que las ideas políticas y económicas de españoles y portugueses consistían en otorgar privilegios a los pastores, en poner precios tope al trigo y congelar el valor de la renta de inmuebles, es decir, en implantar privilegios y transferir renta a los grupos de presión.

2 La democracia como regla de mayorías

Aunque la democracia ha sido concebida como e gobierno del pueblo, -*de todo el pueblo*-, la posibilidac de que así lo fuera en la sociedad abierta llegó a hacerse materialmente imposible dado el grar número de personas que tendría que decidir, de donde surgió la institución de la representación, en e entendido de que las decisiones políticas debieran ser tomadas por TODOS los representantes. Poco a poco y ante la dificultad de conseguir decisiones unánimes empezó a adoptarse la regla de la mayoría, -sea ésta simple, absoluta o calificada-, como la regla de las democracias.

A partir de este momento comenzó la destrucción lenta y continuada de los derechos fundamentales Efectivamente, de ser el gobierno del pueblo, la democracia pasó a ser el gobierno de aquella parte del pueblo -la mayoría-, que imponía su voluntad a la otra parte del pueblo la minoría que salía perdidosa en la votación. Evidentemente con el surgimiento de la democracia moderna, no se quiso sustituir la tiranía de la monarquía absolutista, por la tiranía de las mayorías, también absolutista, pero ese fue el resultado práctico del sistema.

Lejos está la democracia, de consistir en semejante atropello de los derechos individuales. La voluntad de la mayoría no puede ser jamás arbitraria, sus límites naturales son los derechos individuales de los ciudadanos, convertir la democracia en un sistema en que el cincuenta por ciento más uno aplasta al otro cuarenta y nueve por ciento es conducirla al despeñadero del totalitarismo. Es curioso observar que las reclamaciones de políticos y demagogos en su discurso público es la exigencia de 'más democracia', lo que hace evidente que la conciben como un fin en sí misma, no como un método de gobierno que persigue el respeto de los derechos fundamentales del hombre. Como afirma Hayek:[5]

'Con independencia del peso de las razones generale a su favor, la democracia no entraña un valor

3 F.A. Hayek, 1991:138.

4 'Private Sector Development' and 'Property Rights in Latin America'. Conferencia en Seminario en Universidad Francisco Marroquín. 1995:16.

5 *Ibidem*, 224 y 225

último o absoluto y ha de ser juzgada por sus logros. Probablemente la democracia es el mejor método de conseguir ciertos fines, pero no constituye un fin en sí misma'.

Sin embargo, no es sorprendente que intelectuales como Elías Díaz[6] tengan un grado de confusión tan grande respecto a este punto, como lo evidencia la afirmación de que: 'lo primero -no tanto en el orden del tiempo, como en el de los valores, debe ser siempre, por supuesto, la democracia, la consecución de una sociedad realmente democrática...' 'y que luego afirme que la democracia consiste en la incorporación de todos los hombres a los mecanismos de control de todas las decisiones y de real participación de los mismos en los rendimientos de la producción'. Tal punto de vista refleja de modo clásico la distorsión que introdujo el socialismo en este método de gobierno, para transformarlo en instrumento de negación de los derechos fundamentales de otras personas, particularmente de los de libertad y propiedad.

Casi desde su propio nacimiento, con la Revolución Francesa, los matemáticos franceses Borda, Condorcet y LaPlace, señalaron el problema de la paradoja del voto; es decir, el porqué es casi imposible que la aplicación de las reglas de la mayoría para decidir un asunto represente efectivamente la voluntad de esa mayoría. A través de la historia ha habido otros trabajos valiosos que han evidenciado esta verdad como el E. J. Nanson en 1907, George H. Hallet y Francis Galton, los trabajos del Reverendo C. L. Dodgson, los trabajos de Louis Carroll y más recientemente Duncan Black en *The Theory of Committees and Elections.*

Poco después Black Kenneth Arrow (Premio Nobel de Economía) llegaba en sus trabajos a la misma conclusión, creando lo que se conoce como el *Teorema de la imposibilidad de Arrow.*

En la segunda mitad de este siglo, el concepto de democracia como regla de las mayorías, ha sido sometido a análisis inmisericorde, por los teóricos del movimiento de la *elección pública* (public choice) y de la *economía institucional* (Constitutional Economics), quienes han demostrado hasta la saciedad el mito de la regla de la mayoría, para tomar decisiones colectivas,

V1	V2	V3
A	C	B
B	A	C
C	B	A

evidenciando que en nada se parece el resultado final a la verdadera voluntad de quienes la integran, y menos aún a la voluntad del pueblo. Los trabajos de James M. Buchanan y Gordon Tullock, superaron los trabajos de investigación de las reglas de la mayoría que se basaban -todos-, en la misma información matemática de confrontar un determinado número de votantes con un determinado número de alternativas, asumiendo que cada votante sabe cuál de estas alternativas prefiere.

Trabajos recientes han utilizado una matriz explicativa, en la cual cada votante se representaba por una columna vertical y su orden de preferencia por la posición que bajo esa columna, ocupan las alternativas de preferencia.

De esta manera el orden de preferencia del votante número 1 será de A sobre B y B sobre C. Con matrices de esta clase, es posible elaborar los resultados de varios procedimientos de votación y la investigación ha consistido en asumir varios órdenes de preferencia y entonces probar diferentes procedimientos de votación, tomando como base la matriz indicada.

El problema que ha intrigado a los investigadores en este campo es que *no es posible descubrir un procedimiento de votación que no lleve finalmente a una paradoja*, es decir, en la que no se encuentre que *la moción que gana la votación no corresponde a la voluntad de la mayoría.* Uno de los muchos méritos de la investigación de Buchanan y Tullock consiste en haber descubierto que había un elemento adicional que complicaba aún más la situación y que alejaba todavía más la posibilidad de que la moción ganadora representara la voluntad de la mayoría. Ya Duncan Black había descubierto que la manipulación de la agenda de votación, podía hacer que una u otra moción resultara favorecida con el voto de la mayoría, comprobando que aquellas mociones que eran votadas casi inmediatamente antes de la clausura de la elección ganaba con frecuencia el juego estratégico al que las

[6] E. Díaz, 1992: 20, 123.

reglas de la mayoría daban lugar. Sin embargo, Buchanan y Tullock analizaron las negociaciones que se dan entre los políticos, con el objeto de lograr que una moción específica sea apoyada por los votos de sus adversarios, procedimientos que se conocen con el ilustrativo nombre de *Log rolling*, cuyo significado original describe el juego de permanecer de pie sobre un tronco que flota en el agua, el cual hay que hacer girar con el movimiento de los pies, de tal manera que se requiere mucha habilidad y pericia para permanecer más tiempo sobre él y así ganar el juego. Es decir, que el juego político en los cuerpos colegiados de elección, hace que los votantes en su afán por lograr maximizar sus beneficios y minimizar sus costos, 'negocien', cediendo parte de sus pretensiones y aceptando parte de las pretensiones del adversario en un sin número de combinaciones, juego en el que -de entrada-, se pierde de vista no sólo la función que desempeña el político como representante de la voluntad de sus electores, sino que se llega al absurdo de obtener resultados contrarios o diferentes a aquellos que perseguían los involucrados en la votación.

También fue analizado el sistema de incentivos que tienen los miembros de un cuerpo colegiado, como el Congreso o el Parlamento, para votar en favor de determinadas mociones, habiéndose descubierto que los beneficios o recompensas de los políticos son las mismas que persiguen todas las demás personas en otros campos; es decir, la riqueza, el poder y el prestigio; que el camino para obtenerlas es naturalmente obtener el mayor número de votos de los electores y que siendo esa su estrategia, los representantes son influenciados por grupos y personas que hacen *lobby* para hacerles sentir a los congresistas, parlamentarios o senadores en su caso, la fuerza de reclamo que existe supuestamente entre el electorado, para el apoyo de determinadas posiciones. Esto es lo que ha llevado a la discriminación fiscal y al predominio de legislación protectora de intereses especiales. Esta situación llevó al análisis de lo que se conoce como la *teoría de los beneficios concentrados* y los *costos dispersos o difundidos*. Se refiere este análisis a los que se denomina 'grupos de interés especial' en los que se generan sustanciales beneficios personales para un pequeño número de personas, imponiendo un costo mínimo en la gran mayoría de los votantes; es decir, unos pocos se beneficia grandemente mientras que otros pierden muy poco La democracia, basada en representación mayoritari tiene la tendencia a la adopción de políticas que benefi cian a 'grupos especiales' aun cuando este tipo de políticas reduce el 'pastel' económico.

Un político que busca ganar votos, se ve inclinad a apoyar a una minoría que presiona intensament más que a una mayoría con intereses difusos cuya presión es muy débil y prácticamente inexistente. Lo beneficiarios concentrados en un pequeño grupo tienen un incentivo muy fuerte para informarse ellos informar a sus aliados y hacerles sentir a los candidato y legisladores la importancia y fuerza que ellos le da a su particular interés. Muchos ciudadanos votarán favor o en contra de determinados políticos simplemente bajo la base de que apoyan o no sus puntos d vista. Estos grupos también harán contribuciones económicas que serán otra forma de ayuda para aquello políticos que sean receptivos de sus puntos de vista se opondrán a aquellos que no lo son.

Si contrastamos el beneficio que un político o legislador puede esperar de apoyar los intereses de la mayoría en estos casos, por ejemplo, del ciudadano contribuyente, veremos que tal beneficio es casi nulo por cuanto que el costo personal de aceptar tal imposición es tan pequeño para este último, que no le vale l pena dedicar tiempo y esfuerzo para tratar de contrarrestarla, ya que perdería más oponiéndose que dejándola pasar. Lo más probable es que los individuos qu forman la mayoría estén desinformados y no tenga mayor conocimiento del caso, porque el tiempo y l energía necesaria para examinar el problema y prever s impacto cuesta más de lo que vale, particularmente si e tema en discusión es más bien complejo.[7]

Este y otros aspectos que exceden la extensión d este trabajo demuestran pues, evidentemente, la inutilidad de la regla de la mayoría, como fundamento d la democracia. Buchanan y Tullock[8] citan a Kenneth Arrow, como el primero que se atrevió a retar la teorí tradicional de la democracia, diciendo que no hay ninguna regla de votación que haga posible que las decisiones representen la voluntad de la mayoría.

La alternativa para satisfacer la ineludible necesidad de que el resultado de las votaciones efectiva

7 J. D. Gwartmey y R. Wagner, pág. 19.
8 *Ibidem*, 334.

mente refleje la opinión o voluntad de todos los involucrados en el proceso, es la regla de la unanimidad, primeramente expuesta por el economista sueco Knut Wicksell, que tanta influencia ha tenido sobre el movimiento de la opción pública. Con mucha emoción describe James M. Buchanan[9] el casual descubrimiento de sus trabajos:

> *'One of the most exciting intelectual moments of my career was my 1947th discovery of Wicksell's unknown and untranslated dissertation, **Finanztheoretische Untersuchungen** (1896), buried in the dusty stocks of Chicago's Old Harper Library'.*

Lo que en realidad propuso Wicksell, fue el regreso a la intención original de la democracia de que se respetaran los derechos de todos en las decisiones políticas, regla olvidada, transformada y degenerada en el proceso evolutivo político. El desarrollo de tal idea le valió a Buchanan ser distinguido con el Premio Nobel de Economía en 1986.

Por supuesto, alcanzar el consentimiento unánime de quienes deciden colectivamente un asunto, tiene un costo, que puede llegar a ser mucho mayor que el costo de adoptar una decisión por mayoría. A ese respecto escriben Buchanan y Tullock en *El Cálculo del Consenso* lo siguiente:[10]

> *'If these cost are expected to exceed those that might be imposed on potentially damaged minorities, the individual confronted with Constitutional Choice may decide to allow collective action to proceed under some qualified majority rule'.*

En otras palabras, cuando los costos de decidir por unanimidad son mayores que los que tendrán que pagar las minorías que resulten afectadas con la decisión, los individuos decidirán -siempre por unanimidad-, someter la decisión a una regla de mayoría, cualquiera que ésta sea, siendo evidente que la decisión que se tomará no será la que demande un 'óptimo paretiano', pero constituirá una decisión menos ineconómica, que la que se obtendría por la regla de la unanimidad.

A pesar de que algunos intelectuales como Gottfried Dietze, denominen *zapato chino* a la regla de la unanimidad, no existe otra manera de evitar los abusos de mayorías o minorías sobre otros grupos de población que ven conculcados sus derechos por quienes en un momento determinado de la historia ejercen el poder. Naturalmente, mientras más calificada por encima de la mayoría absoluta sea una mayoría, menos sufrirán los derechos de los individuos. Un ejemplo claro de esto lo tuvimos en Guatemala recientemente en ocasión de la elección de magistrados del Tribunal Supremo Electoral, en donde de haber prevalecido la aplicación de la regla de la mayoría absoluta, se hubiera elegido para ocupar los cargos de magistrados del Tribunal Supremo Electoral a incondicionales de un partido político, mientras que la necesidad de una mayoría de dos tercios, impidió absolutamente de hecho que tal arbitrariedad se consumara, situación que por primera vez- que yo sepa-, se da en la historia política del país, y que se mantiene hasta el día de hoy, ante la imposibilidad de lograr un acuerdo que sea respaldado por al menos dos tercios de los votos de los diputados en el Congreso.

Muchos objetarán la situación como contraria al derecho, pues ha prolongado el ejercicio de la función de los magistrados cuyo período venció, más allá del plazo para el que fueron electos; sin embargo, en mi opinión es preferible esta situación a la de instalar en un órgano de justicia a personas que no ejercerán su función de manera independiente e imparcial. La única salida a esta situación es obtener consenso de la mayoría calificada (dos tercios), necesaria para proceder a la elección y es evidente que cuando pase el fragor de la campaña política en la que nos encontramos, tal consenso se logrará fácilmente y la mayoría del 51% en esa oportunidad, no podrá aplastar al otro 49% -como hubiera ocurrido de aplicarse, en aquella oportunidad, la regla de la mayoría absoluta.

3 El Estado de Derecho

El segundo de los conceptos errados, que nos condicionan y nos hacen cautivos de las ideas de nuestro siglo, es el de Estado de Derecho como el de un Estado que actúa dentro de la ley o que cumple con la ley.

9 J. Buchanan, 'The Constitution of Economic Policy', pág. 103.
10 *Ibidem*, 95

Como ya ha quedado esbozado al inicio de este trabajo, la única manera de entender a cabalidad una institución es conocer su historia, es decir, remontarse a sus orígenes. Se consideran los escritos de Enmanuel Kant, como la fuente para discutir el Rechtsstaat. Kant advertía que el propósito del Estado no era el bienestar general (Cluckselingkeit, Wohlfanrd), sino que estaba 'en la gran armonía de la Constitución con los principios del derecho..., que la razón nos ordena a obtener por un imperativo categórico la búsqueda de una libertad legal'.[11] Mohl, tratadista hanoveriano citado por Dietze,[12] concibe al *Estado de Derecho* como un gobierno constitucional que debilitaba y tal vez reemplazaba la ley del Estado Policía. Mohl concebía al *Estado de Derecho* como algo sustantivo y material, no meramente como algo formal y procesal.[13]

Las ideas de Kant se abandonaron, como consecuencia de haberse superado los abusos del estado absolutista, habiendo surgido una escuela de pensamiento que perdió de vista que la función del Estado era sólo la de cumplir con la ley, habiendo agregado la de buscar una política de bienestar social. Así pasó el *Estado de Derecho* a significar prácticamente cualquier cosa, podía utilizarse su concepto para justificar de nuevo cualquier abuso. Podía ser un fin en sí mismo, podía ser un método o un aparato para la ejecución de cualquier ley estatal, aun si tal ley iba en detrimento del derecho y la justicia. En otras palabras, la función del Estado llegó a ser la de actuar el derecho positivo, y al no regirse la emisión de las leyes por los principios de generalidad, abstracción e igualdad de los ciudadanos ante ella, llegó, en Alemania, bajo el régimen de Hitler, a su total extinción.

Es fácil observar que la transición del *Estado de Derecho* al estado de legalidad, es obra del positivismo, el que influido por corrientes como el nacionalismo, el socialismo, y el estatismo llevó a la estructuración de la concepción de Estado que se sigue llamando de derecho, pero que está muy lejos de serlo. La figura más conocida del Estado moderno es la del *welfare state*, al que se le conoce entre otros con los nombres de 'estado benefactor', 'estado terapéutico', 'estado servil', 'estado intervencionista' o 'estado planificador'. Autores como Peter J. Boettke[14] señalan tres hechos del pensamiento y la historia que trabajaron para minar la infraestructura institucional del *Estado de Derecho*: 1) las revoluciones formalista y positivista que se dieron en la economía; 2) la revolución bolchevique y el crecimiento del socialismo; y 3) la revolución keynesiana en materia de macroeconomía. La revolución marginalista de 1870, que significó un gran avance en el entendimiento de la economía distrajo la atención teórica, del contexto institucional de la elección a las propiedades formales de la lógica de la escogencia. El gran avance del marginalismo fue el desarrollo de una teoría universal de la acción humana, que nos ayudó a entender la conducta económica del ser humano; sin embargo, se olvidó el estudio del contexto institucional que cambia los márgenes de escogencia en el que tienen lugar las decisiones económicas. Desafortunadamente, la preocupación con estados de equilibrio dominó la economía después de 1930 y eliminó sus instituciones más importantes, lo que emergió fue una teoría de la escogencia dentro de un vacío. Dentro de los pensadores que cayeron en este error estuvo Oskar Lange (1939-1970), (61-62), Joseph Schumpeter (1942) y Frank Knight (1936), el positivismo también contribuyó a desviar el foco de la infraestructura institucional, deslegitimizando el estudio de la ideología como un componente importante de la teoría social. Las instituciones políticas, legales y económicas se sostienen sobre la base de un sistema ideológico de pensamiento.

El positivismo buscaba eliminar de la ciencia todas las proposiciones empíricas no sujetas a experimentación. La tendencia natural del desarrollo neoclásico de la economía fue ignorar las instituciones políticas, legales y económicas y buscar medidas de desarrollo. La cuestión de la infraestructura institucional del desarrollo sostenido fue considerada no científica: sólo lo que se podía medir era científico.

11 Godfred Dietze, *op. cit.*, pág. 45.

12 *Ibidem*, 45-46.

13 'La primordial justificación para el *Rechtsstaat* es el individualismo. El estado de derecho tenía la tendencia a limitar las actividades del Estado a sus funciones más necesarias'. 'El origen primario del *Estado de Derecho* fue una reacción contra los abusos del estado policía. Como esos abusos eran, en buena medida, abusos contra el derecho de propiedad, la idea de proteger esos derechos ha de haber sido importante, si no dominante, para la creación del *Estado de Derecho*'.

14 P.J. Boettke, 1994:2-10.

La revolución bolchevique y el crecimiento del ɔcialismo también transformaron la manera en que ›s intelectuales de la economía abordaron el desarro-o. Después del fracaso de las políticas económicas del ɔmunismo de guerra (1918-1921) los bolcheviques ıtrodujeron una liberación parcial de intercambio, ɔnocida como *new economic policy* (1921-1928) que ɛvó a un recobro relativo de la economía rusa, des-ués del desastre de la política económica comunista ɛ la postguerra. Sin embargo, esta nueva política ɔnómica tampoco produjo los resultados deseados ı términos de industrialización y desarrollo agrícola, ı que tenía contradicciones internas que hacían el tercambio de mercado inseguro, debido a las inter-ɛnciones arbitrarias del Estado.

La muerte de Lenin en 1924, junto con los resulta-ɔs insatisfactorios de la nueva política económica, ɛvó a un fuerte debate entre los economistas soviéti-ɔs acerca de cuál era el camino que debían seguir ıra incorporarse al desarrollo industrial. Así nació el odelo stalinista de industrialización conocido como sistema de planificación de cinco años (*five-year anning system*), que implantó la industrialización rzada y la colectivización; los prematuros reportes el éxito del gobierno de la Unión Soviética al tiempo ue la gran depresión de 1933 destruía la fe en el sis-ıma de libre mercado en el mundo occidental, se ıforzaron con el resultado de la Segunda Guerra Mundial. A partir de ese momento el mundo dejó de vidirse en países capitalistas desarrollados y países no ıpitalistas subdesarrollados; -ahora la clasificación era *rimer mundo* (economías capitalistas desarrolladas), *gundo mundo* (economías socialistas desarrolladas), y el *tercer mundo* (economías sub-desarrolladas). A ırtir de este momento el desarrollo ya no fue sinó-ımo de capitalismo. Es de hacer notar aquí que la enominación *tercer mundo,* según P. T. Power, sur-ıó para denominar a aquellos países que recibían uda económica extranjera del mundo desarrollado.

La revolución keynesiana también contribuyó signifi-tivamente a desviar el foco en el estudio del desarrollo onómico; primero, porque la teoría keynesiana refor-ba el punto de vista socialista de que el capitalismo era isostenible. La gran depresión de 1933 por ejemplo, a vista como el hecho de que el libre mercado ya no a confiable, porque no podía corregirse a sí mismo, cuando los actores económicos privados cometían errores. Llegó tan lejos Keynes, que argumentó que los grandes experimentos socialistas de la época, como el fascismo en Italia, el nacional-socialismo en Alemania y el comunismo en Rusia marcaban el futuro de las políticas económicas y así país tras país fue abandonando los presupuestos del liberalismo clásico. Pensadores de Gran Bretaña y Estados Unidos trataron de construir un modelo económico híbrido, propio, que combinara los aspectos exitosos de esta moderna política económica con los componentes exitosos del sistema político económico capitalista. Según Keynes, el liberalismo ya no era una fuerza seria en el mundo de las ideas.[15] El segundo aspecto en que la revolución keynesiana contribuyó a la decadencia del *Estado de Derecho* consistió en que el desarrollo económico llegó a ser sinónimo del crecimiento del ingreso per cápita. La preocupación con el crecimiento y la planificación económica a largo plazo eran reminiscencias de los debates de 1920 entre los economistas soviéticos.

Como consecuencia de los tres hechos anteriores, el pensamiento económico, tanto en el este, como en el oeste, aceptó la idea de que la administración estatal de la economía, era el modo no sólo de llevar una economía moderna, sino de transformar una economía atrasada en una economía moderna. Estos modelos de gobierno administrador del desarrollo económico se exportaron del primero y segundo mundos al tercer mundo. Sin embargo, la hegemonía de este paradigma fue seriamente descalabrado por los desarrollos intelectuales y hechos políticos que tuvieron lugar en las últimas dos décadas. El modelo keynesiano pasó de moda en 1970, luego de mediados a finales de los ochentas-el modelo comunista de política económica colapsó, el modelo tradicional keynesiano se demostró que estaba lógicamente viciado y era empíricamente débil. El modelo keynesiano había llevado a Estados Unidos e Inglaterra a un largo y extenso estancamiento de sus economías un alto grado de inflación. El rechazo de los partidos comunistas, a través de Europa Central y del Este de 1989 y la abolición de la Unión Soviética en 1991 llamaron a cuestionamiento la conveniencia de continuar con el sistema político del leninismo.

La terrible y desgraciada condición económica en que se encontraban los países comunistas fue testigo del fracaso de la economía planificada, todavía más,

15 Keynes 1933

no existe récord de que la exportación de modelos de gobierno planificador del desarrollo económico haya tenido en Africa, Latinoamérica, India, etc., en un solo caso, el éxito pretendido, sino al contrario.

Las revelaciones del *glassnot* desde dentro de la Unión Soviética, durante el período de Gorbachov tienen una importancia particular porque cuestionaron todos los estimados previos de la eficiencia de la economía soviética a través de su historia. Estas revelaciones no simplemente demostraron la falsificación sistemática de las estadísticas que hacía el gobierno soviético, sino que confirmaron la precisión de las estadísticas que siempre había revelado la Agencia Central de Inteligencia (CIA) acerca del desarrollo de la economía soviética. Los estándares de vida en la Unión Soviética habían estado decayendo por décadas como lo señalaron Grigory Khanin y Vassily Selyunin (1987) la revisión de los nuevos datos revelan que la economía en la Unión Soviética proporcionó a sus ciudadanos un nivel de vida equivalente al que tienen los ciudadanos en las economías del tercer mundo.

Los supuestos éxitos del gobierno soviético que hoy se sabe eran falsos, fueron desde aquel entonces cuestionados por académicos e intelectuales soviéticos. Estos no son datos de investigadores 'capitalistas' que pudieran juzgarse interesados, como los de Robert Conquest, quien en sus libros *El Gran Terror* (*The Great Terror*) y *La Cosecha del Dolor* (*The Harvest of Sorrow*), sino por escritores soviéticos de la estatura de Alexandr Solzhenitsyng, Vassily Grossman, Anatoly Rybhakob, Arthur Koestler, etc. Los historiadores están hoy de acuerdo en que era tal la pobreza en Rusia durante la Segunda Guerra Mundial que sin la ayuda de los aliados, la Unión Soviética hubiera caído en las manos de Hitler, más aún, el hecho embarazoso para los líderes soviéticos de que muchos campesinos comunistas, por ejemplo de la Ucrania, le dieran la bienvenida a las tropas de Hitler como libertadores de la opresión de Stalin, demuestra que no fue el modelo stalinista el que proveyó los recursos de unidad o de voluntad para derrotar al nazismo, sino la resolución de la gente de la Unión Soviética y la asistencia de los aliados occidentales. El modelo stalinista había hecho a la Unión Soviética vulnerable al ataque de Hitler, pues había convertido la economía de la Unión Soviética en inválida y había quebrado el espíritu de millones de soviéticos. Hay una anécdota cómica muy conocida en la Unión Soviética que reflejaba el fracaso del modelo stalinista de economía planificada en aquella época que reza como sigue:

> *'El problema con el Primer Mundo es que usted no puede respirar porque el desarrollo de la industria tiene demasiado contaminado el aire. El problema en el Tercer Mundo es que usted no puede tomar agua porque ésta no es potable. Desafortunadamente, en el Segundo Mundo, como consecuencia del modelo soviético de desarrollo, usted no puede ni respirar aire, ni beber agua'.*[16]

No obstante que parece obvio, como lo señala Samuelson,[17] que cada ciudadano habría aceptado el establecimiento del Estado, porque proporciona un método para dar los servicios que todos necesitan y que este consentimiento implica también un acuerdo para ejercer coerción sobre los individuos que intentan obtener las ventajas de su membresía en el Estado sin pagar el costo, -desde el siglo XIX se desarrolló una fuerte corriente ideológica filantrópica, inspirada en una visión comunitaria que sostenía la obligación de la elites de buscar el bienestar de los menos afortunados.

Los logros prácticos y teóricos de esta corriente del pensamiento filantrópico del siglo XIX estableció un patrón de discurso que sus sucesores, preocupados con los mismos problemas sociales, estuvieran en predisposición de seguir,[18] así nació la visión Progresista que las poblaciones marginales podían normalizarse a través del trabajo social de cada caso, especialmente con el apoyo del Estado, logrando que se creara un aparato burocrático de tutelaje público. Después de la Primera Guerra Mundial, los seguidores de la agenda terapéutica lucharon por reformas a favor de la centralización y la forma burocrática de organización que le permitiera imponer su autoridad.

En Estados Unidos, su éxito más grande fue conseguir el apoyo del gobierno federal, lo cual lograron capitalizando oportunidades políticas, particular

16 P.J. Boettke, 1977:8.
17 P. Samuelson, citado por Tullock, *Op. cit.*, pág 339.
18 A.J. Polsky 1993:17.

mente cuando la depresión económica de los años reinta por sí misma indicó la inadecuación de las ormas existentes de proveer a los necesitados.

Los líderes políticos -colocados estratégicamente- de modo repentino mostraron gran interés para consi- derar nuevos programas. Con los mecanismos de alivio emergente de principios del *New Deal* y los arquitectos de la Ley de Seguridad Social que otorgaba subsidios ederales para los ya existentes servicios humanitarios, u triunfo se consumó. Desde finales de los años 30 asta los años de 1960 los trabajadores sociales que rabajaban con la burocracia del gobierno federal bus- aron utilizar los recursos de los estados federales, para mplementar la idea de normalizar la intervención en la sistencia pública, particularmente la de los niños-, uvieron suficiente control sobre la discusión política ara asegurarse que cuando surgió la discusión pública obre la delincuencia juvenil, los programas de bienes- ar durante los años de 1950 y 1960 su voz fue la que esonó en los foros de determinación políticas a nivel acional. Ese es el origen de la visión idealista que ugiere que los delincuentes juveniles deben ser diag- osticados como inimputables y no ser condenados en n proceso y que deben ser tratados de acuerdo con us necesidades individuales, en vez de deducirle res- onsabilidades por lo que han hecho, idea que recogió uestra Constitución al establecer que los menores de dad son inimputables por los delitos que tipifican con u conducta.

De esa corriente surgieron instituciones que están iendo revisadas en los Estados Unidos como la de roporcionar subsidios a la gente que se quede sin tra- ajo y pasar una pensión a las madres solteras por cada ijo que tienen. Afortunadamente, para Estados Uni- os desde 1960 los practicantes del altruismo con linero ajeno empezaron a perder terreno, en el sis- ema de justicia juvenil fueron dejados de lado por la abor de los moralistas y procesalistas, movimientos de cción comunitaria retaron el concepto de los méto- los terapéuticos como instrumentos para combatir la obreza y más tarde los seguidores de esta tendencia ueron avergonzados cuando al estudiarse los casos de ienestar social, se estableció que los mismos habían ncentivado el aumento de más casos a una velocidad increíble y al terminar la década el Congreso de los Estados Unidos no quería saber nada más acerca de trabajadores sociales para beneficencia pública.

Sin embargo, han sobrevivido los seguidores de esta corriente altruista, con dinero ajeno, y actualmente se encuentran fortalecidos, pues se han acomodado a las realidades políticas. Cuando la gente de clase media empezó a sacar beneficios de los servicios sociales, los activistas terapéuticos dieron la bienvenida a la oportunidad para administrar a estos nuevos miembros, a expensas de reducir los recursos para la gente pobre y cada vez que se presentan problemas de marginados, el personal de trabajadores sociales ha estado presto a ofrecer sus servicios para 'solucionar' tales situaciones. Polsky[19] se pregunta si una sociedad democrática debe intervenir en la vida de los ciudadanos para normalizarlos. No existe duda de que se puede condenar a esta corriente filantrópica por sus repetidos fracasos y tampoco hay duda de que existe otra manera de resolver los problemas de los marginales, que no se base en la intervención de mecanismos de trabajo social o en la violación de la autonomía de los ciudadanos.

Hillary Bellock[20] denominaba al Estado que pretende hacer beneficencia con dinero ajeno 'estado servil' y lo definía así:

> *'aquel arreglo social en que un considerable número de familias e individuos son obligados por la legislación positiva, a trabajar para ventaja de otras familias e individuos, de tal manera que toda la comunidad puede distinguirse por este tipo de explotación'* (la traducción es del autor).

En Guatemala nos encontramos viviendo bajo una forma de gobierno que más y más se parece a la definición de Bellock del estado servil -esto no ocurre sólo en Guatemala.

Así lo denuncia Robert Nisbet en el prólogo de *El Estado Servil*:[21]

> *'Como lo predijo Bellock, encontramos que las libertades reales de los individuos están disminuidas y constreñidas por el leviatán que hemos construido en*

9 *Ibidem*, 21.
0 P. J. Boettke, 1977:50.
1 *Ibidem*, 14.

el nombre de la igualdad. Más y más americanos trabajan obligados por la ley para mantener a otros americanos' (la traducción es del autor).

Nisbeth denuncia un crecimiento estable en todas las democracias, de una forma de estado gerenciado en forma colectiva, en el que bajo las etiquetas de justicia social y humanitarismo las libertades de los individuos han estado declinando, y que dado el lenguaje sin base de los políticos de nuestro tiempo, muchos denominan a esta condición como progreso, como una forma más alta de libertad y democracia. Sin embargo, los hechos hablan por sí solos. Tanto en los Estados Unidos como en otros países del mundo occidental, inclusive el nuestro, cada vez un número más grande de familias e individuos son constreñidos por la ley, -comenzando con la tarifa progresiva del impuesto sobre la renta, pero extendiéndose a otras numerosas áreas de impuestos-, obligados a trabajar no para sí mismos, sino en las palabras de Bellock, 'para las ventajas de otras familias e individuos'; esos otros son aquellos que no trabajan y que disfrutan de lo que se denomina welfare 'en una u otras de sus muy diversas formas'.

Lo que Bellock deseaba era que todos los miembros de la sociedad fueran individuos libres, y que unos individuos no obtuvieran la carga de tener que mantener y sostener a otros. Robert Nisbeth atribuye tal estado de cosas a la popularidad en la primera parte de nuestro siglo de las doctrinas como las de Sidney y Beatriz Webb y muchos otros constructores del socialismo fabiano, que resultó tan atractivo a los intelectuales y a muchos líderes políticos de la época y termina diciendo que el Estado servil 'descansa económicamente, únicamente en su capacidad de tomar riqueza de grandes cantidades de personas como medio de mantener -y de esa manera subordinar- al creciente número de individuos que son en un real sentido de la palabra *parásitos*'. Pareciera adecuado de momento hacer una pequeña reflexión de cuáles son los objetivos que los individuos persiguen a través del Estado; es decir, lo que metafísicamente concebido podría plantearse con la pregunta ¿cuáles son los fines del Estado?

Para abordar esta materia, convendría recordar a Wilhelm Von Humboldt, quien fue el arquitecto del sistema educacional prusiano y fundador de la Univer sidad de Berlín, cuyo pensamiento fue tan importante que John Stuart Mill, como epígrafe de su ensayo *On Liberty* cita estas palabras suyas: 'El más grande, e principio líder, hacia el cual se encaminan todos lo argumentos desarrollados en estas páginas converg directamente a la absoluta y esencial importancia de desarrollo humano en su más amplia diversidad'.[2] J.W. Burrow, Profesor de Historia de la Universidad de Sussex, quien escribe el prefacio del libro *Los límite de la acción del Estado* de Humboldt, señala que su pensamiento entre otros, tenía la influencia kantian de la insistencia de que cada individuo fuera tratad como un fin y no simplemente como un medio y qu el fin de la vida de cada individuo era una materia inte rior, una libertad interna del alma, no simplement una condición de bienestar. Von Humboldt, a quien Hayek denomina 'el más grande filósofo alemán de l libertad', decía que quienes han remodelado el marco del Estado o propuesto esquemas de reforma política se han mostrado siempre preocupados con especifica los límites de la actuación de tal Estado y en asignar l función propia de cada órgano administrativo en e plan de gobierno, de tal manera que ninguno infrinj los derechos de otro y que al tratar de enmarcar reorganizar la Constitución Política, siempre hay do cosas que tienen que tenerse en cuenta: primero determinar quiénes van a gobernar y quiénes van a se gobernados; y segundo, describir la esfera exacta en l que el gobierno, una vez constituido, debe restringir confinar sus operaciones.

En esta segunda materia, la extensión afecta inme diatamente la vida privada de los ciudadanos y má específicamente determina los límites de su libertad de su actividad espontánea, razón por la cual éste es hablando estrictamente, el último verdadero propó sito de la Constitución del Estado. Sin embargo, l mayor parte de los esfuerzos del hombre se dirige a primer objetivo, es decir a determinar quiénes gober narán y quiénes serán gobernados. No es extraño que para un filósofo de la talla de Wilhelm Von Humboldt el verdadero fin del hombre sea el desa rrollo más alto y más armonioso de sus potencialida des, ni es extraño que la primera e indispensabl condición que presupone la posibilidad de ese desa

22 W. Von Humboldt, 1993:XVII.

rollo sea la libertad,[23] más adelante, sostiene Von Humboldt[24] que cualquier interferencia del Estado n los asuntos privados, que no tengan que ver con amenaza a los derechos individuales de la persona, ebe ser absolutamente condenado. En su apreciaión, el Estado sólo puede tener una de dos finalidaes: o está diseñado para promover la felicidad, o mplemente para prevenir el mal, -ya sea que éste enga de causas naturales o del hombre mismo-, si educe sus preocupaciones al segundo de estos objeivos, atiende meramente a la seguridad y si las mplía al primero de ellos, a lo que se denomina ienestar.

En el caso de la seguridad, lo que cae bajo la upervisión del Estado son acciones particulares de s individuos, en el caso de perseguir el bienestar eneral, lo que encaja en la supervisión política, es la nducta general de vida.

En última instancia el verdadero carácter del ciuadano, sus puntos de vista, sus maneras de pensar uedan controladas por el Estado.

Todas las instituciones que es necesario crear para erseguir como fin el bienestar de los ciudadanos, omo leyes para combatir la pobreza o incentivar la gricultura, la industria y el comercio, las relativas a s finanzas, la moneda, las importaciones y las xportaciones, por ejemplo, tienen consecuencias añinas, perjudiciales y son irreconciliables con un erdadero sistema concebido para desarrollar las más tas aspiraciones del hombre. Dentro de las conseuencias que señala, están las siguientes:

En todas las instituciones predomina un espíritu de control -por muy sabio y saludable que tal espíritu sea, invariablemente produce una uniformidad nacional, una manera constreñida y antinatural de actuar. En otras palabras, el mayor beneficio de la vida social es la variedad de creaciones que resulta de la unión de numerosos individuos en vida social y esta variedad indiscutiblemente se pierde en proporción al grado de interferencia estatal.

Como las causas producen efectos en proporción al acremento de la interferencia estatal, los individuos que son sometidos a ella, se parecen cada vez más uno al otro y también los resultados de su actividad y esto es lo que los estados de bienestar persiguen, confort, facilidades y tranquilidad, aseguradas a tal extremo que no haya conflicto entre los individuos, pero lo que los individuos tienen siempre en mente es algo diferente, es actividad y variedad, ya que sólo ellas desarrollan un carácter variado y vigoroso y no hay nadie que pueda degradarse a preferir únicamente para sí mismo confort y placer, a la grandeza.

Quien quiera sacar conclusiones para tal preferencia para otras personas ha sospechosamente malentendido la naturaleza humana y pareciera querer convertir a los hombres en máquinas.

b- Una segunda consecuencia dañosa del estado de bienestar es que tales políticas tienden a debilitar la vitalidad de la nación. Toda manifestación de la actividad del hombre presupone entusiasmo y pocas cosas nutren el entusiasmo tan bien como la noción de las posesiones presentes o futuras. El cultivo del entendimiento y de cualquiera otra facultad humana se concibe generalmente por su propia actividad, por su propio ingenio, por sus propios métodos de usar los descubrimientos que hacen otros, estas medidas impuestas desde fuera del hombre siempre fracasarán. Los malos resultados de la intervención del Estado para mejorar al hombre se muestran de manera más impresionante en la falta de incentivos y en el deterioro del carácter moral. El hombre en estas circunstancias se ve a sí mismo como completamente libre de cualquier otra obligación que no sea la que el Estado le ha impuesto y al mismo tiempo exonerado de hacer cualquier esfuerzo personal para mejorar su condición y aun llega a tener que aceptar el esfuerzo, como si fuera probable que con ese esfuerzo pudiera generar nuevas situaciones de las que el Estado podría aprovecharse. En tales condiciones se trata de evadir el cumplimiento de la ley, considerando cada evasión como una ganancia positiva. Cualquier cosa que no nace de la voluntad libre del hombre o que es simplemente el

3 'I therefore deduce, as the natural inference from what has been argued, that reason cannot desire for man any other condition than that in which each individual not only enjoys the most absolute freedom of developing himself by his own energies, in his perfect individuality, but in which external nature itself is left unfashioned, by any human agency, but only receives the impress given to it by each individual, by himself and of his own free will, according to the measure of his wants, instiets and restricted only by the limits of his powers and his rights'. *Ibidem*, 10-15.

4 *Ibidem*, 16-37.

resultado de instrucciones y ordenanzas no entra dentro de su verdadero ser, permanece extraño a su verdadera naturaleza. El hombre no lo cumple con todas sus energías, sino meramente con exactitud mecánica porque la libertad es indudablemente una condición indispensable, sin la cual los esfuerzos más inteligentes del individuo no pueden triunfar, produciendo influencia saludable.

c- La intervención del Estado en el bienestar de sus ciudadanos también es perjudicial, puesto que tiene que operar en una masa promiscua de individuos y dañarlos con medidas que no pueden llegar o satisfacer cada caso en particular.

d- Otra consecuencia nefasta del estado benefactor es que obstaculiza el desarrollo del individuo. Todos los aspectos de la naturaleza humana, que el hombre puede cultivar, existen juntos en una interdependencia maravillosa, sobre todo en el campo moral. Como consecuencia los hombres no se unen a otros hombres para renunciar a una porción de su individualidad, sino sólo para aminorar la exclusividad de su aislamiento. Tal unión tiene como propósito transformar o cambiar a un ser humano en otro diferente, sino simplemente abrir la comunicación entre ellos. De aquí, el principio del verdadero arte de la relación social consiste en un incesante esfuerzo por captar la más íntima individualidad de otro, aprovecharse de ella, y con el más profundo respeto por ella, actuarla. Es precisamente por este respeto que puede hacerse, al tiempo que uno también se muestra al otro y le ofrece la oportunidad de comparación.

Nada puede ser más necesario que comparar las ventajas de las instituciones de bienestar contra sus desventajas, y especialmente, los límites a la libertad que envuelven las verdaderas consecuencias de tal intervención.

Además de su colisión con la libertad y el desarrollo natural del individuo, sus consecuencias son impredecibles, pero entre otras, el estado benefactor no sólo requiere mayores fuentes de impuestos, sino que necesita incrementar las regulaciones artificiales para el mero mantenimiento de su seguridad política. La supervisión del gobierno requiere mucho más vigilancia y actividad. De aquí viene la necesidad desafortunadamente descuidada muy a menudo, del difícil cálculo de si los recursos con que cuenta el Estado son adecuados para proveer los medios para realizar la tarea que se ha decidido hacer y si este c culo revela una desproporción real, sólo sugiere necesidad de nuevos arreglos artificiales que al fi lo que hacen es debilitar el poder del Estado, un n del cual muchos de los estados modernos sufren.

No debe perderse de vista una consecuencia m dañina que afecta el desarrollo de los ciudadanos y que la administración de los asuntos políticos complica tanto que requiere un increíble número personas que tienen que dedicar su tiempo a supervisión, de tal manera que no se caiga en cont siones ulteriores. Es así como surgen nuevas carre o profesiones, creadas por la necesidad de atender l nuevos negocios del Estado, lo que hace a estas p sonas más dependientes de las clases gobernant que de la comunidad, a quienes deben el pago de salario. No es necesario describir los males que su gen de esa dependencia, que los hace necesitar ayuda del Estado, que les genera una falta tremen de confianza en sí mismos, una falsa vanidad, apatía aun pobreza. Por eso existe una relación invers mente proporcional entre el aumento de la burocr cia y la declinación de la libertad.

Al perder de vista la espontaneidad de los ser humanos, los estados benefactores confinan su per pectiva al bienestar de los ciudadanos; sin embarg el mayor bienestar de los ciudadanos se da en momento de que éste tiene conciencia de su indi dualidad y de su energía creativa. Es decir, que bienestar radica en los individuos y no en las circun tancias que lo rodean, los medios que se utilizan pa limitar la libertad persiguiendo el estado de bienest son muy variados en su carácter: leyes, exhortaci nes, recompensas, inmunidades, monopolios, etc tera. Hasta aquí el pensamiento de Von Humboldt

De las disquisiciones anteriores pareciera q resulta útil hacer una pequeña reflexión sobre lo q es el Estado y sobre lo que es el Derecho para q podamos establecer si en Guatemala realmente viv mos en un *Estado de Derecho.* Según las doctrin metafísicas del Estado, el individuo es una abstracció vacía, ya que el hombre aparece siempre como u miembro de un conjunto social y por tanto, sienc que el conjunto, lógica y cronológicamente es ant rior a sus partes integrantes, el examen de la sociedá ha de preceder al del individuo y ello les hace conclu que el único medio de abordar científicamente l problemas humanos es el del colectivismo.

Habría que señalar primero que la noción de todo y parte, como conceptos lógicos están fuera del tiempo. Que la acción es siempre obra de un individuo, que los entes colectivos actúan únicamente por medio de uno o varios individuos, y que son sus actuaciones, las que se le atribuyen a la colectividad. Desde ese punto de vista son los diputados y no el Congreso, quienes aprueban las leyes, es el Presidente y sus Ministros y no el Estado quienes diseñan la política nacional, quizás valga la pena transcribir algunos párrafos del análisis que en este sentido hace Ludwig Von Mises:[25]

'Porque una colectividad carece de existencia y realidad propia, independiente de las acciones de sus miembros. La vida colectiva plásmase en las actuaciones de quienes la integran. No es ni siquiera concebible un ente social que pudiera operar sin mediación individual. La realidad de toda asociación estriba en su capacidad para impulsar y orientar acciones individuales concretas. Por tanto, el único camino que conduce al conocimiento de los entes colectivos parte del análisis de la actuación del individuo: .la sociedad no tiene más base que la propia actuación individual'.

A nada conduce lucubrar en torno a si la sociedad es sólo la suma de sus elementos integrantes, o si representa algo más que una simple adición; si es un ser *sui generis* o si cabe o no hablar de la voluntad, de los planes, de las aspiraciones y actos de la colectividad, atribuyéndolos a la existencia de una específica alma social. Vano es tanto bizantinismo. Todo ente colectivo no supone más que un aspecto particular de ciertas actuaciones individuales y sólo como tal realidad cobra trascendencia en orden a la marcha de los acontecimientos. Ilusorio resulta suponer quepa contemplar los entes colectivos. No son éstos nunca visibles; su percepción es el resultado de saber interpretar el sentido que los hombres en acción atribuyen a los actos de que se trata... No son nuestros sentidos, sino la percepción, es decir, un proceso mental, el que nos permite advertir la existencia de entidades sociales. Quienes pretenden iniciar el estudio de la acción humana, partiendo de los entes colectivos, tropiezan con un obstáculo insalvable, cual es el de que el individuo puede pertenecer simultáneamente y de hecho pertenece a varias agrupaciones de aquel tipo. Los problemas que suscita esa multiplicidad de entidades sociales coexistentes y su mutuo antagonismo sólo pueden ser resueltas mediante el individualismo metodológico.

Otro de los enfoques equivocados del Estado, consiste en considerarlo como un fin en sí mismo. Como afirma Gordon Tullock,[26] James Buchanan en su ensayo *The Pure Theory of Government Finance, a Suggested Approach* demostró que el Estado debe considerarse meramente como un instrumento y no como un fin. Esto resulta evidente si tratamos de explicarnos el origen del Estado, pues es innegable que los individuos como tales lo que pretendían era una organización colectiva que les garantizara el respeto de sus derechos y no la formación de 'un Estado'. El Estado fue el nombre que se le dio a la organización que surgió de esas necesidades de los ciudadanos, no fue algo buscado intencionalmente. Si aceptamos la idea de que el Estado es un instrumento, es fácil deducir que el Estado ha de estar al servicio del hombre, como lo están las máquinas o cualquier otro utensilio, de donde también cabe concluir que el Estado ni es un fin, ni tiene fines en sí mismo. En otras palabras, no resulta cierto afirmar que los fines del Estado son la felicidad del hombre o el bienestar social, esos son fines que algunos individuos, -los que hicieron la Constitución en sentido documental- son los que atribuyeron a este ente ficticio, El Estado, el cumplimiento de determinados fines. Lo que cabe preguntarse a estas alturas de la argumentación es si estos individuos calcaron en la Constitución escrita, los fines verdaderos de los individuos, aquellos fines que si bien no están escritos en ningún papel, son los que la evolución ha establecido como necesarios para su desarrollo y su progreso y que no pueden ser otros que la protección de su vida, su libertad y su propiedad. En ningún momento de su historia, los individuos que se esfuerzan y trabajan y a quienes cuesta lo que tienen, han consentido en dar parcial o totalmente el fruto de ese esfuerzo y de ese trabajo para que lo disfruten quienes no se han esforzado y no han trabajado como ellos y al mismo tiempo quienes no se esfuerzan ni

25 L. Von Mises, 1980:70-81.
26 J. Buchanan, 1992:339.

trabajan tampoco han pedido a los que sí lo hacen, que los sostengan o mantengan. Como ya vimos en el curso de este trabajo, el mal concebido pensamiento del bienestar tiene sus raíces en el siglo XIX, y ha sido perseguido de manera intencionada por algunos políticos porque crea una multitud dependiente del Estado y de sus servicios, que puede ser fácilmente manipulada por motivos electorales.

Pero el Estado no es el único instrumento que los individuos estructuraron para organizar su vida en sociedad, otro de estos instrumentos es el Derecho. Lo que ya se dijo acerca de los fines del Estado, es igualmente aplicable a los fines del Derecho, Rudolph Von Jhering llegó incluso a escribir un libro que denominó *Los fines del Derecho*, cayendo en el error de hacer una hipóstasis de este contructo y perdiendo de vista que sólo los individuos y nunca las entidades colectivas abstractas pueden tener fines. El Derecho es un instrumento diferente del Estado pero íntimamente ligado a él. Algunos intelectuales de la materia, como el positivista Hans Kelsen llegaron a confundir el Estado y el Derecho, postulando que eran una y la misma cosa. La razón de que fuera necesaria la creación del Derecho al lado de la creación del Estado es que al otorgar a algunos el poder de actuar coercitivamente sobre otros, los individuos previeron la necesidad de fijar los límites a ese poder, límites que la misma evolución del conglomerado había ido definiendo y que no era otros que el respeto a los derechos fundamentales, íntimamente ligado a la idea de justicia.

La justicia como valor llegó a ser el auxiliar que permitía definir los objetivos que los hombres pretendían garantizar con el Derecho, de ahí que siempre se afirmara que las leyes debieran ser justas en el sentido de ser generales, abstractas y hacer a todos los desiguales individuos iguales ante la ley y la única manera de hacer iguales a los hombres, que son desiguales por naturaleza, era concederles a todos los mismos derechos y las mismas responsabilidades dentro del conglomerado social.

Sin embargo, como ya se vio, esta concepción originaria de la idea de justicia pasó a ser totalmente transformada cuando se le puso apellido; es decir, cuando se inventó la 'justicia social', concepción que encaja perfectamente dentro de la teoría colectivista metafísica de hacer una hipóstasis de los entes abstractos, como el Estado, la sociedad, las clases sociales, etc. No puede pasarse por alto al hablar de este tema la devastadora y contundente crítica a que somete este concepto el Premio Nobel de Economía Friedrich A. Hayek,[27] quien manifiesta que el abuso al que se ha sometido el concepto de justicia, amenaza con destruir la específica forma de interpretar la ley que convierte al Derecho en eficaz salvaguarda de la libertad individual, indicando que este tipo de planteamiento 'es inevitable consecuencia de ese tipo de enfoque antropomórfico o personalizador de la sociedad', enfoque en virtud del cual el pensamiento ignaro intenta interpretar el contenido de los procesos sociales del tipo auto ordenador. El hecho de que la humanidad no haya conseguido todavía superar los planteamientos de la especie apuntada es claro indicio de su falta de madurez intelectual, circunstancia que, en el caso que nos ocupa, indúcenos todavía a exigir que determinados procesos de tipo personal -pero que, sin embargo, son en mayor medida capaces de satisfacer las necesidades de la especie humana, que lo que pueda hacerlo el intencionado comportamiento de cualquier organización deliberada- ajusten los resultados a los preceptos morales que la humanidad ha elaborado como guía del comportamiento individual'.

Hayek indica que el uso de la expresión 'justicia social' en el sentido indicado es relativamente reciente y no ha transcurrido un siglo desde que empezara a ser empleada.

> *'Se utilizó al principio para designar los esfuerzos organizados, orientados a procurar el respeto a las normas de recto comportamiento individual. Empléase también en ocasiones a nivel académico, para evaluar los efectos derivados de la actuación de las instituciones sociales. Pero en el sentido en que hoy en día es normalmente utilizada y el que constantemente hace referencia la discusión, en torno a los problemas sociales -sentido que será el que en el presente capítulo le daremos- coincide con el que durante mucho tiempo fue atribuido a la expresión* ***justicia distributiva****. Parece haber alcanzado tal significado en la época que Stuart Mill optara por equiparar de manera explícita una y otra expresión'.*

27 F. Hayek, 1988:119-127.

Hayek indica que Mill no se dio cuenta que tal interpretación de la justicia social habría de desembocar necesariamente en el socialismo. Continúa Hayek:

'surge así la fundamental cuestión relativa a si es lícito moralmente que el ser humano quede sometido a un poder que intenta coordinar los esfuerzos de todos al objeto de materializar algún específico modelo de distribución que por determinados miembros de la sociedad, se ha considerado justo'.

'La cuestión a dilucidar es, sin embargo, si es moralmente admisible que el ser humano quede sometido al poder coactivo, exigido por un sistema en el que la participación individual y la riqueza pueda ser legítimamente reputada justa o injusta. Procede admitir, desde luego, que la modalidad según la cual los ingresos distribuidos a través del mecanismo del mercado puede, en muchos casos, ser considerada injusta; en el supuesto claro está de que tal resultado fuera fruto de deliberada decisión. No es tal, sin embargo, el caso. Dicha distribución, en realidad, es fruto de un proceso cuyos efectos no fueron propiciados y previstos por nadie cuando surgieron las correspondientes instituciones. Perduraron éstas porque permitían mejor satisfacer las expectativas vitales de la mayoría de la población. Exigir que tal proceso sea además justo implica evidente dislate. Y es manifiestamente injusto privilegiar en semejante tipo de sociedad a algunos, cual si tuvieran derecho a una concreta participación en el producto global'.

Naturalmente para entender a cabalidad los argumentos de Hayek, se necesita conocer la teoría de los órdenes espontáneos, que constituye uno de los descubrimientos más grandes de la humanidad, y la que en resumidos términos indica que al igual que ciertas instituciones como el lenguaje y el mercado, no son producto intencionado de la voluntad de un hombre o un grupo de hombres, la sociedad y el Estado han surgido a través del mismo mecanismo, ya que resulta imposible sostener que los hombres en un momento determinado de su historia se pusieron de acuerdo para hacer un pacto social o convenio colectivo para su creación.

Igualmente ilustrativo a este respecto resulta el trabajo de Rigoberto Juárez-Paz 'El Sentido de la Justicia en el Concepto de Justicia Social',[28] quien argumenta:

'Si en nuestra mente priva la idea de que la justicia es fundamentalmente una característica de decisiones judiciales o de actos humanos en general, nos parece en extremo extraño que se hable de justicia social, pues para que la expresión tuviera sentido escrito sería necesario 'hipostasear' la sociedad, en un Juez que toma determinaciones o hace decisiones que puedan ser justas o injustas; Por consiguiente, la frase justicia social tiene sentido sólo si se adopta la sustantivación o, más exactamente, sólo si se adopta la personificación de entes abstractos, como la sociedad, el pueblo o el estado o las clases sociales. Pero dicha personificación, si bien resulta ser pintoresca, también es lógicamente absurda, en este contexto y por las razones expuestas, justicia social es un sin sentido, como lo es número feliz o sinfonía vergonzante'.

En un agudo análisis entre la justicia social y el deber ser, Juárez-Paz afirma que las proposiciones que afirman que algo debe ser o no debe ser son en principio irrebatibles, y que no hay ningún método para averiguar si las proposiciones que se refieren a la justicia social o a la injusticia social son verdaderas o falsas y que como consecuencia, la discusión acerca de si algo es realmente justo o injusto no puede ser una discusión racional, ya que al calificar una situación de 'socialmente' justa o injusta, realmente no hemos dicho nada. En el análisis de Juárez-Paz, en la sociedad de la 'justicia social', no habría diferencias entre los individuos y al preguntarse por qué tratan estos teóricos de destruir las desigualdades sociales se responde así:

'Desde el punto de vista económico, la respuesta es que se tratan de destruir las desigualdades económicas porque se cree, equivocadamente, que la riqueza de unos es la causa de la pobreza de otros, de manera que cuando ya no haya ricos, tampoco habrá pobres. Como es evidente, quienes así piensan, sólo repiten slogans y no se han acercado a la ciencia económica y

28 R. Juárez-Paz, 1985:33-50.

por ello mismo no han visto, además de muchas otras cosas, que la causa de que en el mundo no haya más gente pobre de la que hay, es que todavía hay muchos ricos. En vez de creer que la riqueza de unos es la causa de la pobreza de otros, creencia que descansa sobre crrores fundamentales acerca del capital y su función social, quienes así piensan deberían estudiar las realidades económicas para darse cuenta de que la riqueza de unos, si no es la causa de la riqueza de otros, es al menos la causa de su menor pobreza'.

Más adelante Juárez-Paz expone:

'En el aspecto jurídico, la búsqueda de la igualdad social conduce a la desigualdad ante la ley o la negación del derecho, ya que en un régimen de libertad las diferencias sociales surgen del hecho de que seres diferentes, en aptitudes, en deseos, en valores, disfrutan de los mismos valores fundamentales. El intento de lograr la igualdad social sólo puede realizarse si a unos se le reconocen derechos que arbitrariamente se les niegan a otros. 'Es mi opinión que el concepto de justicia social se origina en el hecho de no admitir que hay desigualdades naturales 'o diferencias' y desigualdades creadas deliberadamente 'o desigualdades'. Es decir, se piensa que todas las desigualdades son creadas deliberadamente o que no hay desigualdades naturales dentro de la sociedad, al menos mientras existan las clases sociales. No se admite la distinción porque se personifican las clases sociales... De esto último se sigue que el problema de la justicia social sólo surge, como problema, dentro del contexto del análisis marxista del desarrollo social'.

Concluye Juárez-Paz en que 'las proposiciones que se refieran a la justicia o a la injusticia social carecen de sentido: o son lógicamente viciadas porque su posibilidad descansa sobre la personificación de entes abstractos, o no hay manera de averiguar sin son verdaderas o falsas'. Basta en estos argumentos para ilustrar este punto.

El desconocimiento o soslayamiento de la evidencia científica esbozada llevó a los constituyentes de 1985 a incorporar en la *Constitución Política de Guatemala* normas enteramente contradictorias e incompatibles, de las que hay muchos ejemplos, pero baste para ilustrar este breve trabajo, las contenidas en los artículos 1, 2 y 4, en los que se afirma que: 'El Estado de Guatemala se organiza para proteger a persona...' y que 'es deber del Estado garantizarle los habitantes de la República la vida, la libertad, justicia, la seguridad' 'en Guatemala todos los ser son libres e iguales en dignidad y derechos' y lueg crear privilegios para determinados grupos laboral (arto. 35 último párrafo), étnicos (Artos. 67,68 69), otro ejemplo es la contradicción que exis entre el artículo 118, que funda el régimen econ mico de Guatemala en principios de 'justicia social y señala como obligación del Estado 'orientar la ec nomía nacional', con el objeto de lograr entre otr propósitos 'una equitativa distribución del ingres nacional' y el artículo 130 que prescribe que ' Estado protegerá la economía de mercado e imp dirá las asociaciones que tiendan a restringir la libe tad del mercado o a perjudicar a los consumidores No puede existir un Estado en que se funde en pri cipios de 'justicia social' y en la intervención de economía y que a la vez proteja la economía de me cado. Se trata de concepciones económicas y polít cas excluyentes y radicalmente opuestas, pues en economía de mercado no tiene cabida la 'justic social', ni el intervencionismo del Estado.

4 Conclusiones

a- El concepto de democracia como regla de la may ría, ha fracasado como consecuencia de la impos bilidad matemática de su modelo y de las práctic de *Log Rolling*;

b- Sólo la regla de la unanimidad puede garantiz que no se atropellarán los derechos fundamental del individuo;

c- Por razones de costo-beneficio puede decidir por unanimidad que algunos asuntos se decida por la regla de mayoría;

d- El Estado no es un ente abstracto con volunta propia, sino un instrumento creado por los hom bres para garantizarse su vida en sociedad;

e- El Derecho también es un instrumento creado p el hombre para realizar sus ideales de segurida con justicia;

f- El concepto de justicia social carece de contenid se basa en una hipóstasis de la sociedad y ha co tribuido a un propósito contrario al que pretend la desigualdad entre los hombres;

- La Constitución Política tiene normas incompatibles y que son excluyentes unas de otras, como consecuencia de haberse elaborado por constituyentes sin mayores conocimientos económicos y políticos;
- Guatemala es un Estado Benefactor y no un Estado de Derecho, entre otras muchas razones porque: A. Con las contribuciones de los ciudadanos que cumplen con sus obligaciones fiscales se beneficia a otros grupos de ciudadanos, con la excusa de procurar su bienestar social; y B. Porque el Estado no obstante la prohibición constitucional, protege posee monopolios oficiales y privados que impiden el libre mercado, retrasando el desarrollo empresarial y condenando a los consumidores a depender de productos caros y de mala calidad;
- Debe tenerse cuidado de no realizar transferencia de riqueza de unos individuos o grupos de individuos a otros grupos o individuos, a través de la legislación, si se quiere alcanzar algún día el Estado de Derecho.

Bibliografía

Bellock, Hillary
1977 *The Servile State.* Indiana: Liberty Classics.

Boettke, Peter J.
1994 *The Collapse of Development Planning.* New York: New York University Press.

Buchanan, James M.
s.f. 'Public Choice and the Conduct of Representative Gobernment'. *Public Choice and Constitutional Economics.* James D. Gwartmey y Richard Wagner, Florida State University. Jay Press, Inc., Greenwich Connecticut.
s.f. 'The constitution of economic policy'. *Public Choice and Constitutional Economics.* James D. Gwartmey y Richard Wagner, Florida State University. Jay Press, Inc., Greenwich Connecticut.
1992 *The Calculus of Consent, Logical Foundations of Constitutional Democracy.* USA: The University of Michigan Press.

Carvallo, José Luis
1995 *Private Sector Development and Property Rights in Latin America.* Conferencia en Seminario en Universidad Francisco Marroquín. Publicación del Programa de Doctorado en Derecho.

Constitution
'The Constitution of Economic Policy, *Public Choice and Constitutional Economics.* Greenwich Connecticut: Florida State University. Jay Press, Inc.

Díaz, Elías
1992 *Estado de Derecho y Sociedad Democrática.* Madrid: Taurus Humanidades.

Estado de Derecho
1992 Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus Humanidades, 8ª edición.

Gobierno Constitucional
1984 'El Gobierno Constitucional'. *Revista de la Facultad de Derecho,* Nº 12, Universidad Francisco Marroquín.

Gwartmey, James D. [Wagner, Richard]
' Public Choice and The Conduct of Representative Government'. *Public Choice and Constitutional Economics.* Greenwich Connecticut: Florida State University. Jay Press, Inc.

Hayek, Friedrich A.
1988 *Derecho, Legislación y Libertad.* Madrid: Unión Editorial, S.A. Volumen II. 2ª Edición.
1991 *Los Fundamentos de la Libertad.* Madrid: Unión Editorial, S.A.

Juárez Paz, Rigoberto
1985 *Las Condiciones del Diálogo y Otros Ensayos.* Guatemala: Unión tipográfica.

Keynes, John Mayhard
1933

Leoni, Bruno
1974 *La Libertad y la Ley.* Madrid: Unión Editorial S.A.

Polsky, Andrew J.
1993 *The Rise of the Therapeutic State.* New Jersey: Princeton University Press.

Private sector
1995 *'Private Sector Development' and 'Property Rights in Latin America'.* Conferencia en Seminario en Universidad Francisco Marroquín. Publicación del Programa de Doctorado en Derecho.

Samuelson, Paul A.
s.f. *The Pure Theory of Public Expenditure*

Von Humboldt, Wilhelm
1993 *The Limits of State Action.* Indiana: Liberty classics.

Von Mises, Ludwig
1980 *La Acción Humana. Tratado de Economía.* Madrid: Unión Editorial S.A.

Wagner, Richard
[Gwartmey, James D.; -]

ARMANDO DE LA TORRE[1]

La mengua de la vida ética por la intervención corruptora del Estado en el mercado

Dado que incluyo algunos conceptos claves en el largo título que encabeza la siguiente reflexión, permítanseme unas brevísimas explicaciones sobre lo que entiendo por ellos.

Por ética me refiero al conjunto de normas de la conducta que la hacen moralmente aceptable a todos desde la perspectiva de algún fin último en la vida humana: Dios, la felicidad, el orden social justo, la preservación de la naturaleza racional del hombre, la cooperación pacífica, etc. Como tal, responde a motivaciones conscientes de fuerte intensidad emocional que se traducen a la severidad de las sanciones con que se castiga cada violación de sus preceptos. A la ética la veo aquí desde el ángulo del 'individualismo metodológico', esto es, desde el supuesto de que son los individuos, no las abstracciones de grupos, los responsables *últimos* del bien o el mal que se haga.

A la ética sus tratadistas habitualmente le reconocen dos grandes campos de estudio: el de la escala de los valores y el de la fuente de la obligación moral.

En el primero se discuten aquellos valores tenidos por supremos para la convivencia *pacífica* entre los hombres. Así, la prohibición de no matar pretende resguardar el valor de la vida; la de no robar, el de la propiedad; la de no mentir, el de la verdad; la de no adulterar, el de la paternidad. *A contrario sensu*, el mandato de honrar padre y madre o de dar al César lo que es del César se endereza a fomentar los valores respectivos de la piedad filial o del cumplimiento con los deberes ciudadanos. A un lado dejo los llamados 'consejos de perfección', reunidos en el Evangelio principalmente bajo el nombre genérico del 'Sermón del Monte' y en otros incidentes y parábolas de la vida de Jesús, que son más bien invitaciones a una vida de superior generosidad para con Dios y con el prójimo (como el menosprecio de las riquezas o la renuncia a la vida de familia).

Creo oportuna otra observación con respecto a los valores: se afirma a veces que todos los valores son relativos. Esto es una equivocación; lo relativo no son los valores, al menos no todos ellos, sino sus escalas, es decir, la importancia relativa que les asignamos en un rango, según su mayor o menor importancia, en el que estén engarzados.

Otro punto importante: los problemas éticos no suelen ofrecérsenos reducidos a una simple elección entre un bien y un mal moral indubitables, sino como dilemas difíciles de resolver entre dos bienes de los cuales uno habría de ser sacrificado, o entre dos males, de los que uno habría de ser deliberadamente escogido.

En cuanto al segundo campo importante del estudio de la ética, el de la fuente de la obligación moral, con ello se quiere responder a la pregunta: ¿por qué he de preferir el bien al mal, o lo más bueno a lo menos bueno, o lo menos malo a lo más malo?

Este cuestionamiento devino inaplazable cuando se introdujo en el mundo mediterráneo clásico de Roma y Grecia la concepción semita de un Dios Creador que interviene personal y continuamente en la naturaleza y en la historia. Un Dios, por tanto, que se erige en la conciencia íntima de cada individuo como el rasero inapelable de la obligación moral. De ahí que se haya insistido en que el cristianismo le abrió a la moral una interioridad que habí

1 Catedrático de la Universidad Francisco Marroquín

stado ausente en los tratados de los grandes pensa-
ores de la Antigüedad. Por eso distinguimos hoy
ntre dos enfoques fundamentalmente diversos al
iscutir el tema del sentido de la obligación moral: el
ategórico y el prudencial.

El primero se ubica dentro de las grandes cosmo-
siones monoteístas del Judaísmo, el Cristianismo y
Islam, y en él las *intenciones* del agente al actuar
n las determinantes decisivas del sello moral,
ueno o malo, de cada acción. Una versión racional-
ta y no teísta de lo mismo, debida al pensador del
glo XVIII Emmanuel Kant, el imperativo categó-
co, no vale la pena analizarla en esta breve discu-
ón, dado el escaso tiempo de que disponemos.

En el segundo, el sistema ético prudencial, las *con-
cuencias* de nuestros actos que se perciben como
uenas o malas, más que nuestras intenciones, deci-
en de la calidad moral bondadosa o malévola de
da acto. He de apresurarme a añadir que las
flexiones teóricas sobre la conducta en el marco del
ercado suelen ser abrumadoramente de la índole
udencial, no de la categórica.

Una razón para esto último parece en parte residir
el hecho de que la sociedad abierta, la sociedad
mpetitiva basada en la división del trabajo, es un
nómeno relativamente reciente y en algunos casos
sterior al surgimiento de las grandes corrientes
orales del monoteísmo, con sus valores centrados
ás bien en las sociedades cerradas de la familia y de
tribu.

En la perspectiva prudencial, el mercado y el
stado, por otra parte, son dos *medios* muy diversos
ra lograr la cooperación que se considera moral-
ente deseable entre hombres civilizados: el mer-
do es un proceso de intercambios voluntarios, es
cir, pacíficos, que institucionalizamos en los con-
atos, y donde ambas partes -iguales entre sí- ganan,
gún las respectivas utilidades subjetivas ('margina-
s' las llaman los economistas) de lo que ceden y de
que adquieren. Un juego suma-positivo, como se
ce hoy día. El Estado, en cambio, es otra manera
cooperación, esta vez obligatoria, según una jerar-
ía de prioridades fijadas unilateralmente por la
toridad pública, de donde puede resultar aplicable
famoso aforismo de Montaigne: 'La ganancia de
hombre es la pérdida de otro'. Un juego suma-
ro, en la misma jerga de las Ciencias Sociales con-
mporáneas.

El Estado, en cualquiera de sus manifestaciones históricas (la polis, el Imperio, la nación) ha pretendido esencialmente responder a aquellas necesidades básicas de los individuos de protección efectiva y aproximadamente igual en sus personas y en sus bienes contra otros de dentro o de fuera de la comunidad organizada, y también de dirimir los conflictos inevitables que surgen entre ellos, por medio del monopolio de la coacción y de su aparato de la administración de la justicia.

Pareciera que no hubiera de ofrecérsenos problema moral alguno en conciliar estas dos formas simultáneas de cooperación entre los hombres.

Desgraciadamente -como nos lo recordara Lord Acton- 'el poder corrompe, y el poder absoluto corrompe absolutamente'. Al Estado se le reserva el monopolio del uso de la fuerza para que pueda satisfacer más eficientemente esas necesidades individuales y colectivas de protección y justicia. Pero la imperfección de nuestra naturaleza, que busca siempre economizar esfuerzos aunque sea a costa del bienestar ajeno, ha llevado una y otra vez, en todas las latitudes del globo, al abuso de ese poder estatal, es decir, a la corrupción del mero monopolio coactivo. Por eso los *whigs* de la guerra civil en la Inglaterra del siglo XVII entre el Parlamento y el Rey insistieron, sobre todo por boca de John Locke, en que habría de establecerse *límites* bien estrechos y precisos al ejercicio de ese poder. De ahí también la corriente constitucionalista moderna con la que todos estamos hoy tan familiarizados y su ulterior refinamiento en el concepto contemporáneo del Estado de Derecho.

Por corrupción, por lo tanto, entiendo entonces el desvío de recursos ajenos para fines que no son los de la aprobación de aquellos ciudadanos que los generaron sino para otros que arbitrariamente fijan en su propio beneficio quienes se alzan con el poder de consumirlos, ya sea por serles accesible el uso o la amenaza del uso de la fuerza estatal, ya, quizás con mayor frecuencia, por el recurso al engaño político.

Las manifestaciones hodiernas de esta corrupción son variadísimas: los sistemas totalitarios de los que hemos sido testigos durante este siglo -y de los que todavía nos queda como botón de muestra el totalmente corrupto que impera en Cuba- han sido su expresión más extrema. En ellos la persona ha quedado degradada -como en toda esclavitud- a la fun-

ción de meras herramientas para los fines del poderoso de turno. Pero ya a las puertas del tercer milenio nos queda esa otra versión corruptora, más insidiosa y diseminada, del Estado que se entromete en las relaciones contractuales entre individuos y que conocemos eufemistamente como el 'Estado benefactor' (*Welfare state*, *Wohlfartstaat*).

Este se nos ha hecho presente en todos los rincones del planeta, en unos más y en otros menos. Su objetivo declarado es la redistribución niveladora de la riqueza ya generada y distribuida pacíficamente por el mercado, vía impuestos progresivos, por ejemplo, o la protección a empresarios, el tutelaje de los obreros o de los grupos étnicos, la erección de monopolios legales (es decir, los que vedan por ley el acceso a otros competidores), la multiplicación de regulaciones que eleven los costos de transacción y orillen hacia la informalidad a los posibles nuevos oferentes, -o aun los ahoguen del todo-, los controles de precios a granel, o inclusive a través de la mediación del más inmoral de los fraudes monetarios: la inflación.

Al fondo de todo ello anida con demasiada frecuencia la fea mancha moral de la envidia y, por supuesto, la arrogancia, con razón llamada fatal por Hayek, de quienes desde el poder creen saber mejor que los demás lo que a los demás conviene o lo que los demás deberían preferir.

El mercado, se ha visto una y otra vez, distribuye lo que se produce con una justicia aproximadamente proporcional a lo que cada uno aporta a la producción. Aquí quiero subrayar la legitimidad moral del lucro empresarial, que hace, sólo él, posible a mediano plazo la existencia de la retribución a los otros factores de producción en la forma de rentas para el terrateniente, salarios para el obrero, intereses para el capitalista, y hasta impuestos para el gobierno, sin contar las donaciones adicionales para las instituciones de beneficencia. Además, la competencia que le es consubstancial disciplina moralmente a todos los en él involucrados y facilita esa autocorrección de nuestros excesos que tan rara vez vemos lograda en los ámbitos de las jerarquías del poder político.

En todo ello poco cuentan prudencialmente las *intenciones* morales con respecto a los fines últimos, como los sentimientos de amorosa solidaridad, que se les pretende imponer con las ficciones de nuevas 'virtudes' como la de la tan mentada justicia 'social' o la delimitación de un bien 'común' independient de la suma de los bienes particulares de los indivi duos que integren una sociedad libremente organi zada y que busquen racionalmente maximizar su beneficios y minimizar sus costos.

Esa preocupación con fines últimos no abiertos a análisis racional ha llevado al descuido inmoral de la verdaderas funciones del Estado: asegurar la estrict observancia de los contratos, el respeto igual a lo derechos de todos, sobre todo los de la propiedad sucesión, el apego minucioso a las normas del debid proceso en los conflictos de interpretación, -de espe rar entre hombres limitados e imperfectos-, condi ciones más que suficientes para esa virtud de l justicia a secas entre hombres dispuestos a coopera pacíficamente intercambiando recursos por defini ción siempre escasos y que nunca nos resultan acces bles sin un dispendio de esfuerzo tenaz. A esto s refería D.H. Robertson cuando hace unos años s preguntaba *¿What does the Economist economize? A identificar las reglas de la conducta* en el mercado, lo economistas nos ahorran el tener que apelar a l buena voluntad del creyente, su amor a Dios, y a prójimo, al intencionalismo moral, en fin, en nues tros actos, que son de la esfera íntima -y ciertament bienvenida- de la moral categórica, pero también como resortes de la acción, de entre los recursos má escasos. Y como este 'ahorro' se ejecuta a través d Derecho vigente, por ello mismo había adelantad Jellinek que el Derecho es 'un mínimo de moral'.

Después de más de un siglo de ensayos, a vec heroicos, y a un costo en sufrimiento human inmensurable, de intentar sustituir por el Estad con su planificación central del bienestar igual pa todos, aquel otro bienestar desigual resultado c aportes en el mercado desiguales, por fin parece qu la humanidad comienza a aprender de sus errores.

La tendencia a reducir la intromisión enorm mente exagerada de los políticos en los procesos d mercado empieza por devolver a los hombres menos parte de su autonomía moral, que es mismo, a la obversa, que decir que empieza p reconocerles otra vez su *responsabilidad* individual c laborar por el propio bienestar y de no constituir una carga para los demás.

Esa sostenida intromisión, en sus orígenes soci lista, intencionadamente 'benefactora', durante m

de un siglo -hoy se ve con claridad,- ha pervertido la ley en una herramienta para que unos a otros nos expoliemos, como lo explicara Federico Bastiat en su conocido ensayo; ha minado, además esa célula imprescindible del tejido social, la familia, al expulsar al hombre del hogar para que a la mujer y a los hijos les pueda llegar el cheque estipulado por las agencias estatales de asistencia, a costa de los demás contribuyentes; ha desalentado la creación del empleo al confiscar progresivamente la propiedad de los que se han mostrado más eficientes en satisfacer las necesidades de los consumidores como ellos lo prefieren; ha consagrado el parasitismo de los buscadores improductivos de rentas válidos de las inmorales maniobras monetarias a corto plazo de los Bancos Centrales; ha desalentado en todos la visión del largo plazo, de la que depende el ahorro, mientras ha alentado el despilfarro irresponsable de lo acumulado: ha engañado a los incautos, manoseado a los débiles y triturado en cada uno el sentido personal del deber para con nosotros mismos y para con quienes de nosotros dependen, ha pisoteado, en fin, nuestra dignidad de adultos, y nos ha mantenido así aherrojados en una pobreza mayor de aquella que debiéramos sufrir a estas alturas, mientras ha embotado en muchos la sagacidad para aprovechar las oportunidades de mejorar, con el resultado todavía más entristecedor de mantenernos más violentos de lo que nuestras frustraciones de convivencia justifican.

La hemorragia legislativa de controles acaba por hacer del ciudadano obediente a la ley un delincuente en contra de su voluntad, so pena de no sobrevivir en el mercado competitivo.

Es precisamente en nombre de la integridad moral y ética de cada quien por el que hoy tantos clamamos por un regreso al orden espontáneo y libre de las transacciones pacíficas del mercado y por el restablecimiento de frenos enérgicos a la expansión ilimitada del recurso a la fuerza y al engaño por parte de los que manejan la cosa pública, en una reafirmación tácita de nuestra parte del principio moral tan olvidado de que el fin no justifica los medios.

Es para que cada uno de nosotros pueda en lo íntimo de su conciencia rendir culto a Dios como lo creamos más procedente, dar generosamente de lo nuestro a quien consideremos más necesitado, llorar solidariamente como adulto con el que llora y reír con el que ríe, para que nos sea otra vez posible crear, innovar, explorar, estudiar, emprender *racionalmente* según nuestras respectivas ventajas comparativas, es precisamente por todo eso, por un resurgimiento generalizado del bienestar sobre bases éticas y morales, y no por el bienestar de pequeñas minorías violenta o engañosamente privilegiadas, que hoy nos alzamos desde premisas exclusivamente morales por la mayor libertad posible de mercado bajo reglas iguales para todos.

Siempre se supo *ex post facto* que las decisiones políticas tienen efectos en el nivel del progreso social y económico de los pueblos, pero hoy vemos con una visión *ex ante facto*, es decir, de anticipación, la urgencia moral de prever las consecuencias que cualquier legislación o decisión ejecutiva en nombre del Estado pueda tener en el nivel de las iniciativas individuales moralmente sanas y productivas.

La tan llevada y traída corrupción en la vida pública cotidiana se vería enormemente disminuida si se practicara la justicia a secas y no se pretendiera ingenuamente diseñar toda la sociedad según un conocimiento que inevitablemente siempre habrá de estar disperso por *toda* la sociedad.

Es eso lo que nos enseña, entre otros, la novísima escuela de opciones públicas, iniciada por James Buchanan y Gordon Tullock. A lo mismo apuntan las variantes de las corrientes de análisis económico de lo normativo, sea la moral o el Derecho. Eso es lo que queremos ver hecho extensivo al campo de la política, en un intento de dos vías: también el análisis ético de lo económico, lo político y lo jurídico.

Lo que pareciera confirmar hoy indirectamente la sabiduría de ayer de Thomas Jefferson:

El gobierno que gobierna menos es el mejor.

ENRIQUE GHERSI[1]

¿Cómo regular la violencia en el fútbol?

Sumario

1 Responsabilidad civil extracontractual
1.1 Seguro mutual
1.2 Otros seguros
1.3 Responsabilidad de los clubes
1.4 Responsabilidad de clubes y socios
2 Responsabilidad penal-administrativa
2.1 Tipificación de un delito especial
2.2 Registro de infractores
2.3 Otras restricciones
3 El problema de los derechos de propiedad
Bibliografía

La violencia en el fútbol ha merecido múltiples explicaciones. Los sociólogos creen ver en ella rasgos culturales atávicos o procesos de severa desadaptación juvenil. Los antropólogos, rezagos supérstites de nuestro antepasado común. Los psicólogos, con mayor vehemencia, conjeturan un vínculo entre falo y poder o Edipo y Electra y ven la explosión colectiva de violencia como derramamiento onanista de deseos frustrados. Para los periodistas, todo es culpa de la policía. Para ésta, todo es culpa de los periodistas.

Se publican crónicas y reportajes, denuncias y desgarradoras descripciones. No falta por ahí, tampoco, el que ha creído hallar inspiración para el arte o la telenovela.

El hecho es que, en medio de tanta inquietud, parece ser poca la atención que se presta a su lógica interna. Enfocándola atentamente se pueden encontrar respuestas mucho más sugerentes para entenderla y, por cierto, solucionarla.

Supongamos por un momento que un legislador hipotético solicita a la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín que le prepare un proyecto de ley para combatir el problema de la violencia en los estadios de fútbol. Para el efecto, nos pide recomendar una legislación que controle a las llamadas *barras bravas* y garantice la integridad personal y patrimonial de los asistentes al espectáculo, así como del público en general.

El presente artículo busca ensayar una respuesta para nuestro hipotético legislador, desde la perspectiva del análisis económico del derecho.[2]

Para proponer alternativas legislativas frente al problema de las llamadas *barras bravas* debemos partir de algunos supuestos de hecho muy importantes. En primer lugar, que están compuestas por hombres jóvenes, generalmente menores de edad. En segundo lugar, que las *barras bravas* rara vez se encuentran totalmente desligadas de los clubes. Por el contrario, se ha sugerido muchas veces una conexión críticamente importante entre los clubes y estas organizaciones, llegando a pensarse que las estimulan de soslayo como una especie de fuerza de choque particular o que algunos dirigentes deportivos se sirven de ellas para satisfacer sus expectativas. En tercer lugar, que se sabe poco de su organización interna, salvo que generalmente agreden a sus víctimas

1 Abogado y escritor peruano. Profesor visitante de la UFM. Ex diputado por Lima. Francisco Marroquín Foundation fellow. Miembro de la Sociedad Mont Pelerin. Coautor con Hernando de Soto de *El Otro Sendero*.

2 Si se quiere información introductoria sobre esta disciplina, se sugiere consultar: Richard Posner, 1977; Hans-Bernd Schafer y Claus Ott, 1991; Juan Torres López, 1987, y Mitchell Polinsky, 1985.

s en los estadios o en sus cercanías, los días de partido de fútbol o en sus inmediaciones. Se trata, pues, organizaciones con una acción previsible y temporal. No se conocen como entidades permanentes, aunque muy recientemente se han registrado agresiones con saldos mortales como actos aislados y sin necesaria proximidad con los partidos programados.

En base a tales consideraciones, este artículo analizará las posibilidades legislativas desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual, de la responsabilidad penal-administrativa y de los derechos de propiedad que, como veremos posteriormente, es nuestra opción preferida.

Responsabilidad civil extracontractual

Analizaremos las siguientes opciones de responsabilidad civil, con especial atención a si podrán reducir los daños causados por las *barras bravas* y/o compensar a las víctimas:

Seguro mutual

Tomando en consideración que las *barras bravas* pueden entenderse como un riesgo creado por los espectáculos de fútbol, podría proponerse un sistema de responsabilidad objetiva consistente en que todos los asistentes a tales espectáculos paguen un sobreprecio en su entrada para crear un fondo que se administraría como una suerte de seguro mutual. Este fondo se destinaría a cubrir los daños causados por los hinchas a cualquier persona o patrimonio.

La justificación de una propuesta así podría encontrarse en que la agresividad es colectiva, de manera que las *barras bravas* son un riesgo creado por el fútbol que todos los aficionados están en la obligación de compensar a la sociedad. Su ventaja principal es que, al ser de fácil recaudación, permitiría asegurar cabalmente las compensaciones para las víctimas, especialmente si tenemos en cuenta que los daños por vandalismo pueden ser fácilmente más altos que lo que los patrimonios individuales de los vándalos pueden satisfacer. Otra ventaja conexa es que por lo general los peores agraviados son los propios asistentes a los partidos, de manera que podría pensarse que es justo asegurar su propia imprevisión al asistir a espectáculos potencialmente riesgosos sin ninguna cobertura.

No obstante todo lo dicho, una propuesta de responsabilidad objetiva como la sugerida también tiene desventajas. La principal es el llamado peligro moral. En efecto, si se cubren todos los eventos que pudieran producir los vándalos a través de un seguro mutual, efectivamente no existirán daños que queden insatisfechos, pero no habrá tampoco ningún incentivo para que los asistentes al fútbol desarrollen comportamientos más deseables. En otras palabras, como todos los asistentes pagarían los daños de las *barras bravas*, no habría ningún estímulo para que la gente se porte bien en los estadios.

Por el contrario, podrían inclusive producirse respuestas no cooperativas de algunos asiduos asistentes que, cansados de pagar a lo largo del tiempo su cuota al seguro mutual sin tener beneficio perceptible de la misma, decidieran portarse mal también ellos para que la transferencia de recursos que han hecho no quedase totalmente falta de amortización por su parte.

Otra desventaja adicional es que debería crearse algún sistema de administración para este seguro. De suyo, este sistema podría ser público o privado. Uno público implicaría una suerte de estatización del fondo de seguro que introduciría las distorsiones burocráticas habituales en el sistema; el cual en este supuesto pasaría a parecerse más a lo que en teoría se conoce como una contribución de Pigou.[3]

Por su parte, una administración privada, aunque consumiría también recursos, podría hacerse a través de mecanismos muy simples, dando en concesión o licitando el servicio. Empero, en ambos casos la necesidad de administrar el sistema especializadamente puede involucrar una distracción importante de recursos del fondo de seguro, pudiendo llegarse incluso a situaciones de insolvencia conocidas en la experiencia de la mal llamada seguridad social.

En consecuencia, creemos que esta alternativa es insatisfactoria pues, aunque pudiera compensar a las víctimas, no va a reducir los daños ocasionados por las *barras bravas*, pudiendo generar además comportamientos imprevisiblemente riesgosos y un enorme desperdicio de recursos. La sola idea de pensar en fanáticos con seguro resulta realmente aterradora.

[3] Cfr. Hans-Brend Shafer y Claus Ott, 1991:123.

1.2 Otros seguros

En teoría podría argumentarse que es posible corregir los defectos del sistema de seguro mutual, por definición un seguro imperfecto, mediante sistemas comerciales de aseguramiento. En este caso, la legislación propuesta sería también de responsabilidad objetiva y se limitaría a establecer que todo asistente a los estadios debe tener un seguro obligatorio, permitiéndose que participen todas las compañías de seguros del mercado.

Cada empresa tendría que calcular el costo de las primas. No habría un pago igual por asistente, sino que se reflejaría tanto los costos probables de un siniestro como la peligrosidad y previsión de cada uno. De esta forma, podría argumentarse, no sólo quedaría satisfecha la expectativa de las compensaciones, sino que se dejaría a salvo el llamado peligro moral, ya que vía prima se colocarían estímulos para que la gente reduzca los daños y tenga un mejor comportamiento.

No obstante, esta corrección al sistema del seguro mutual propuesto no nos parece satisfactoria. Principalmente porque es imposible. Una entrada a un estadio de fútbol es un servicio de muy pequeño valor económico como para soportar todos los costos que implicaría un sistema de seguros perfecto. Terminaría encareciéndose enormemente el espectáculo con las pesquisas necesarias para la determinación de las primas, registros de siniestros, archivos individuales, exigencias de previsión, etc. En este supuesto, dado el carácter instrumental del derecho,[4] se produciría un desplazamiento de la demanda de espectáculos deportivos de la formalidad hacia la informalidad, de tal manera que la gente que simplemente no pudiera pagar el costo del seguro obligatorio en los estadios, acudiría a partidos de fútbol ilegales, donde por cierto se reproducirían los problemas de las *barras bravas* sin limitación alguna.

Dado que la ley es independiente de las preferencias de la población y que constituye sólo un medio a través del cual la gente las satisface, una de las más importantes limitaciones para una legislación contra las *barras bravas* está dada por el nivel de costo que la gente estaría dispuesta a soportar por un partido de fútbol. Si se le quiere cobrar demasiado a la gente por un partido, el fútbol no desaparece, simplemen se traslada, con *barras bravas* y todo.

1.3 Responsabilidad de los clubes

Frente al hecho de que la responsabilidad objetiva c un sistema de seguro imperfecto asegura la compens ción pero no reduce los daños y con un sistema de segu perfecto resulta tan onerosa que puede crear un merca negro de fútbol, podría ensayarse la responsabilidad p culpa. Sin embargo, parece obvio que una responsab dad por culpa tradicional en cabeza de los fanátic resulta ineficiente, dados sus altos costos de identifi ción y procesamiento, por lo que vamos a abstener de analizarla. Además por existir ya prácticamente toda la legislación occidental, no requeriría de modifi ción legal alguna para satisfacer a nuestro hipotéti legislador. En su lugar podríamos sugerir otra alternat dentro del sistema de culpa: hacer a los clubes respon bles por los daños causados por las *barras bravas.*

En este caso lo que se estaría haciendo es, dent de una responsabilidad por culpa, trasladar el pa de la compensación del culpable individual, a hipotético culpable colectivo o, si se quiere, a un c pable intelectual. Aunque desde una perspectiva t dicional puede sonar arbitrario, resulta una opci sugerente, sobre todo porque sería posible elabo un argumento justificatorio a partir de la responsa lidad vicaria.[5] Si definimos ésta como aquella respo sabilidad que corresponde a quienes tienen a órdenes a terceros por los actos que ellos llever cabo en el desempeño de su función, podría sos nerse que, dada la relación entre los clubes y barras, la naturaleza jurídica correspondiente a ella la de la responsabilidad vicaria, de suerte que corr ponde pagar toda compensación por los excesos los barristas al propio club deportivo.

En este caso la legislación a proponerse podría es blecer que los clubes paguen los daños causados los vándalos a personas y propiedades. A esta fórm simple convendría, sin embargo, agregarle un ag vante, consistente en que frente a circunstancias es cialmente dañosas o peligrosas el castigo al club solamente sea en dinero, sino también en pérdida puntos en el campeonato. De esta forma se busc

4 E. Ghersi, 1988:88-89.
5 F. Trazegnies, 1988:467

corregir una probable distorsión;. A saber, que las *barras bravas* puedan no tener ningún escrúpulo en que el club pierda plata, pero sí frente a la idea de que su equipo pueda quedar perjudicado en la competencia deportiva. Sería una especie de castigo al fanatismo.

Esta alternativa, de hecho, no es original. Hace algunos meses fue introducida en Chile como una fórmula presuntamente de mercado dirigida a forzar a los clubes a controlar a sus hinchas y castigar a los fanáticos directamente donde les duele; es decir, en los resultados de los equipos de su preferencia. Otros países, posteriormente, adoptaron la misma alternativa.

En favor de esta fórmula se puede argumentar que los clubes no son inocentes frente a las *barras bravas.* Como explicamos al principio, diversas investigaciones periodísticas sugieren que, por lo menos en una etapa incipiente, son ellos los que las organizan y mantienen, facilitándoles hasta las entradas y pasajes a las diferentes ciudades en que los equipos tienen que presentarse. Luego, si los clubes quieren tener hinchas leales, podría decirse que ellos son los llamados a cubrir los costos que ocasionen los extravíos de tales lealtades.

Simétricamente, podría decirse que si los clubes no son inocentes frente a las *barras bravas*, son ellos quienes mejor pueden controlarlas al tener que soportar los costos económicos y deportivos de los excesos que ellas produzcan. Estando en contacto con los barristas y dependiendo éstos en mucho del apoyo de los clubes para poder seguir a los equipos de estadio en estadio y de ciudad en ciudad, son esas entidades las que están más cerca de influir positivamente sobre ellos.

Una segunda argumentación en favor de esta alternativa sería que, por lo general, los clubes son más solventes que sus hinchas de suerte que, haciendo responsables a aquéllos, se asegura convenientemente el pago de las compensaciones probables que se deriven de los actos vandálicos.

Entonces, podría concluirse que esta alternativa satisface el doble propósito de reducir la cantidad de daños y asegurar las compensaciones para las víctimas. Sin embargo, a nuestro entender, existen algunas objeciones importantes que hacer a una propuesta de legislación de esta naturaleza.

La primera objeción es que los sistemas de responsabilidad por culpa tienden a la ineficiencia porque resultan excesivamente costosos para obtener resultados satisfactorios.[6]

La segunda objeción está relacionada con la clásica noción de culpa. ¿Es justo que un tercero tenga que cargar con los costos de los extravíos de otros, aunque sean sus admiradores? ¿No sería como hacer a Madonna responsable por los actos de sus *fans* o a la Iglesia Católica por los destrozos de sus fieles? Ciertamente que la noción de culpa aparece totalmente reñida, en casos de este tipo, con la justicia y el objetivo de eficiencia que se busca.

Una tercera objeción está relacionada con las señales equivocadas que crearía una legislación así, pues importaría una suerte de sanción contra la popularidad y el éxito. Un castigo contra el que es notorio y resulta capaz de tener arrastre entre la población. Una suerte de segregación al que ha sido suficientemente hábil como para suscitar la fe inquebrantable de los demás. Las distorsiones resultantes serían tanto más imprevisibles si se adoptara una legislación así sólo para el deporte, cuando es perfectamente posible que en otras áreas como la política, el arte o la religión puedan presentarse igualmente.

La cuarta objeción a esta propuesta es que supone una entidad juzgadora que debe imponer las sanciones. Esta entidad debe ser obviamente especializada y parece necesario que sea completamente independiente de las actuales instituciones deportivas, a fin de garantizar el grado de autonomía necesario para imponer las sanciones. El sistema dependerá, en realidad, de que una entidad de este tipo sea capaz de actuar con la suficiente justicia, oportunidad y firmeza para que los incentivos que teóricamente se quieren introducir realmente funcionen. La amplia discrecionalidad que debe tener será la clave de su éxito. En el fondo, pues, este sistema se basa en la existencia de unos jueces justos -en el sentido amplio del término- que sean capaces de ponerlo en funcionamiento. Esto, a nuestro entender, es insatisfactorio, pues la gente justa y proba constituye un bien socialmente muy escaso que seguramente no estará disponible para el fútbol, si de hecho no lo está para cosas más trascendentes como la propia administración de justicia.[7]

---

6 Durán y LaLaguna, 1992:126-127

7 A. Roemer, 1994:26-35.

La última objeción que encontramos, a nuestro juicio tal vez la más importante, es que una legislación de este tipo puede generar reacciones imprevisibles entre los fanáticos. La más obvia es que si las *barras bravas* saben que el que paga es el club, en términos económicos y deportivos, tienen una conciencia muy clara de que esto perjudica. Luego, los barristas pueden disfrazarse como de otro club y provocar graves incidentes a fin de perjudicar al rival y obtener por esa vía inclusive los resultados deportivos que en la cancha no pudieron conseguir sus jugadores.

Por ejemplo, en un campeonato de fútbol muy reñido en que el título se obtiene con un punto, bien podría pasar por la cabeza de las barras o de los clubes que, como hemos dicho, no parecen inocentes frente de ellas, provocar un incidente haciendo pasar algunos fanáticos como hinchas del otro equipo a fin de lograr que se imponga al enemigo deportivo sanciones injustas. Se estaría creando sin querer una suerte de rentismo negativo derivado de la utilización de la ley por los operadores del derecho.

Este problema está también relacionado con el carácter instrumental del derecho que explicamos en nuestras objeciones a las diferentes modalidades de seguros propuestas para enfrentar a las *barras bravas.* Esta instrumentalidad significa que la ley es inelástica; es decir, que la gente busca satisfacer sus preferencias y deseos cuando cumple con la ley y no las preferencias ni los deseos de los legisladores. Luego, si las barras pueden utilizar la legislación para seguir causando siniestros, en este caso a través de lo que en teoría podríamos llamar renta negativa, lo van a hacer con independencia de cuáles han sido los objetivos de las normas así propuestas.

Aunque en apariencia podría parecer que este sistema puede funcionar, como de hecho han creído los chilenos, encierra peligros muy grandes. El principal es que su eficiencia no depende del sistema mismo sino del orden institucional vigente en el país, debido a que se basa esencialmente en la coacción y la coerción, así como en la total prescindencia de las reacciones de los fanáticos y de los intereses de los clubes, de suerte que podría estarse generando un sistema de rentas deportivas por manipulación de las normas.

La principal de tales rentas sería el desplazamiento de la competencia del puro ámbito deportivo al político e institucional, en el cual las consecuencias finales podrían consistir en que un campeonato ya no se defina en el estadio sino en el Congreso que, como la propia historia enseña, no es sino una de sus variantes acaso más rudimentarias.

Estos problemas derivan de no haber entendido que el origen de las *barras bravas* no es la conspiración entre clubes y fanáticos que se deba castigar sino, como veremos posteriormente, la ausencia de derechos de propiedad claramente establecidos en el sistema futbolístico internacional.

1.4 Responsabilidad de clubes y socios

Como una variante de la propuesta anterior podría sugerirse a nuestro hipotético legislador combinar la responsabilidad de los clubes con la responsabilidad de sus socios, de tal manera que las compensaciones económicas se repartan entre ellos según una proporción a señalar.

La racionalidad de esta propuesta reside en que, si los clubes no son inocentes frente a las barras, es porque las dirigencias de esos clubes así lo quieren. Luego, a fin de controlar a las dirigencias, se debe trasladar a los socios una parte del costo a efectos de que éstos puedan tomarle cuentas a sus dirigentes y eventualmente deponerlos si no ponen coto a los desmanes de las barras. Si sólo paga el club es probable que muchos ni siquiera se enteren de lo que está pasando. Si, en cambio, todos los socios tienen que pagar una parte, existirían estímulos para un control descentralizado de la violencia.

Las objeciones a esta variante son, básicamente, las mismas que ya hicimos en el numeral anterior. No parece una alternativa recomendable.

2 Responsabilidad penal-administrativa

Dado el carácter de agresión y no de accidente que tiene la actividad de las *barras bravas*, es perfectamente posible sostener que las medidas más adecuadas para combatirlas no deben venir desde la perspectiva de la responsabilidad civil, sino desde el derecho público. Esto se encontraría doctrinariamente justificado en que el vándalo actúa dolosamente por lo que se puede tipificar su conducta válidamente como criminal, reforzando además el

ontrol *ex-ante* de la acción de las barras que los meca-smos de responsabilidad civil dejan librados al resul-do de los incentivos resultantes de sus controles *ex-ost.*

A este nivel podrían sugerirse las siguientes inicia-vas legislativas:

1 Tipificación de un delito especial

esde una perspectiva estrictamente penal, es posible oponer la reforma del Código correspondiente para ificar, como un agravante de los delitos de lesiones daños, las acciones de las *barras bravas.* Esta reforma odría incrementar las penas con especial severidad, ivando a los encausados de algunos beneficios como libertad provisional y la caución, pero debería esta-ecer también penas anexas que llevaran a algún tipo inhabilitación al agresor.

En la antigüedad a los autores de agresiones de te tipo se les marcaba corporalmente para el escar-o público. Como esto se encuentra reñido con los lores predominantes en la actualidad y podría sultar además paradójico entre los vándalos que, de pente, estarían encantados de exhibir sus marcas mo trofeos de guerra, la mejor forma de crear nas conexas que acarreen inhabilitación es la de tablecer probablemente para un agresor reiterante, gún tipo de marca en su documento de identidad ie, mediante mecanismos indelebles, informara a da persona que está frente a un vándalo de las *rras bravas.* Esto podría tener efectos disuasivos pecialmente frente a las oportunidades de empleo orque resultaría obvio que ningún patrono tendría terés en contratar a gente con antecedentes com-obados de violencia. Aunque podría ocurrir tam-bén que empleadores fanáticos del mismo club contrasen este elemento como una forma fácil de leccionar personal de confianza.

Una variante más en esta alternativa consistiría en regar a la Tipificación del delito especial y al incre-rento de las penas, el concepto del tercero civil,[8] n lo cual se estaría elaborando una alternativa mbinada con las formas de responsabilidad civil teriormente analizadas.

La doctrina penal reconoce en casos culposos y, general, de delitos cometidos por personas bajo el mando de otras, que se puede involucrar en el proceso a un tercero llamado a pagar el monto de la llamada reparación civil. En este caso podría sugerirse una combinación de la represión penal con la responsabilidad de los clubes o con la responsabilidad de los clubes y de los socios que vimos en los numerales 1.3 y 1.4.

La desventaja principal de estas proposiciones estriba en la limitación de la ley penal. En primer lugar, porque se tiene que identificar personalmente al autor de los desmanes; cosa no siempre sencilla en los actos de masas. En segundo lugar, porque hay presunción de inocencia y se debe probar específicamente la relación causal entre los actos realizados individualmente y el resultado dañoso. En tercer lugar, porque debe probarse el dolo, pues sin la evidencia del elemento intencional no es posible aplicar un castigo penal.

Todo ello puede llevar a que la represión penal quede neutralizada por las dificultades de llevarse a efecto, convirtiendo a la disuasión esperada en un mero saludo a la bandera. Coadyuvaría a tal resultado el hecho adicional de que la justicia penal es la que peor funciona y que, estando las cárceles llenas con delincuentes más peligrosos, no es razonable esperar condenas de prisión efectiva por estos delitos, simplemente porque no habría donde poner a los sentenciados.

En lo que se refiere a la introducción de la figura del tercero civil en estos casos, reiteramos nuestras objeciones anteriormente expuestas en el acápite 1.

2.2 Registro de infractores

A caballo entre lo penal y lo administrativo, se podría aconsejar la constitución de un registro de vándalos, de tal manera que estén prohibidos de entrar a los estadios los incluidos en él. Estas prohibiciones podrían graduarse en base a las ofensas, a su gravedad y a la reiteración, yendo desde restricciones temporales hasta prohibiciones absolutas.

En algunos países desarrollados como Gran Bretaña, la policía ha introducido ya este tipo de controles en las puertas de los estadios. Se basan en la pura y simple interdicción y en la conveniente administración de una información que ya está disponible en comisarías.

8 M.A. Acero Colmenares y J.A. Castro Florez, 1989:5

Empero, esta sugerencia exigiría superar dos dificultades. En primer lugar, el procedimiento mediante el cual se aplica la sanción al infractor. En segundo, el procedimiento de control para llevar a cabo la sanción. El uno puede ser atribución policial, en el estilo de las infracciones de tránsito. El otro, exige establecer un control computarizado en el acceso a los estadios a fin de que no penetren los prontuariados, en el estilo de los controles migratorios. Lamentablemente, en ambos casos el principal limitante es la corrupción.

En este contexto si hacemos un paralelo entre lo que ocurre con las infracciones de tránsito y los controles migratorios, no existe ninguna razón para creer optimistamente que este sistema pueda funcionar realmente. Además, basta recordar que la oferta se desplaza por el carácter instrumental del derecho del que ya hemos hablado. En otras palabras, esto significa que, de existir controles muy eficientes que detectaran a los vándalos, lo previsible es que aparezcan partidos de fútbol ilegales en los que no exista control alguno. Este surgimiento de mercados negros deportivos, del que ya hemos hablado anteriormente, no es más que la clásica consecuencia del desplazamiento de oferta en presencia de regulaciones ineficientes.[9]

2.3 Otras restricciones

Es posible aconsejar otras restricciones de índole administrativa para controlar la acción de los vándalos. Si, como hemos dicho, éstos son por lo general menores de edad, se puede establecer que los partidos de fútbol sean sólo espectáculos para mayores. De esta forma, se disminuiría la exposición de lo que es el grupo socialmente más exaltado y belicoso.

Es también posible aconsejar restricciones no sólo de edad sino de sexo. Visto el hecho de que los integrantes de las 'barras bravas' son hombres, es posible establecer que solamente las mujeres de cualquier edad y los hombres mayores de edad puedan asistir a los estadios.

El problema principal con estas restricciones es que parecen poco capaces de conseguir resultados por ellas mismas, siendo probablemente de índole complementaria, amén de que alguien podría considerarlas como odiosamente discriminatorias. Otras restricciones como la prohibición del alcohol en lo estadios parecen obvias y nos relevan de mayo comentario.

3 El problema de los derechos de propiedad

Mientras hemos venido haciendo el análisis de est problema desde la perspectiva de la responsabilida civil y de la responsabilidad penal-administrativa no fue surgiendo la duda de si la falta de respuestas ple namente satisfactorias no es consecuencia, en real dad, de que el origen del problema no estriba en nad de esto sino en una indefinición de los derechos d propiedad en el ámbito futbolístico.

Una serie de apreciaciones nos persuaden de qu es así. En primer lugar, nadie ha oído hablar d 'barras bravas' en otros deportes que no sean el fú bol. Por ejemplo, no hay violencia en los hipódro mos, pese a que los riesgos económicos son al mucho mayores. Excluida la violencia del deport mismo, ni en el box ni en las artes marciales existe cosas parecidas a las 'barras bravas'. No hay violenc en el golf ni tampoco en el voleibol. Esto sugie poderosamente que algo pasa en el fútbol que n ocurre en los demás deportes y que puede estar rel cionado con sus reglas internas.

En segundo lugar, se debe descartar si no será u problema de deportes masivos, en realidad. Si exam namos algunos de éstos, sin embargo, tampoc encontramos cosas tales como las 'barras bravas'. E el basquetbol no las hay. Tampoco en el béisbol, e el hockey y, ni siquiera, en el fútbol americano.

Luego, algo debe suceder con las reglas interna Efectivamente, mientras que en el béisbol, el ba quetbol, el hockey y el fútbol americano los derech de propiedad están claramente establecidos y cad equipo, cada estadio y hasta el deporte mismo tie un dueño, en nuestro fútbol existe una total indefin ción en ese sentido. No sólo porque muchos de l estadios son de propiedad pública, sino principa mente porque los clubes y el deporte mismo no s de propiedad de nadie. Al ser esto así, no existe más mínimo interés en cuidar del negocio a larg plazo, sino de disfrutarlo en el corto y al estilo pol tico, de suerte que queda establecida la base sobre

9 S. Pejovich, 1979:154-161

cual la grandeza del dirigente puede construirse sobre la adoración de una hinchada fanática que es, también, una fuente de su riqueza y poder.

Lamentablemente, éste no es sólo un problema nacional. El fútbol se halla dominado por la FIFA a nivel internacional y esta institución, superestado intervencionista que lo regula todo y que recibe una renta de todo, conforma una especie de monopolio que controla totalmente la forma en que se desarrolla y organiza la actividad. En algunos casos llega a actuar hasta como monopsonio, puesto que a través de los campeonatos se instituye en el principal consumidor de ese deporte.

En realidad el sistema impuesto por la FIFA se basa en relaciones personales y no en relaciones de propiedad. Diferentes caudillos se entronizan en la dirección del organismo y por cooptación designan a los encargados de dirigirlo a nivel internacional. No hay relación dominal alguna. Existe vínculo de lealtad, camarilla, afinidad. Una organización de este tipo destruye los estímulos de largo plazo y propende a que se preste poca atención al mantenimiento del negocio o su difusión, pues resulta más importante atender al jefe, al colega o la estrella en ascenso de la dirigencia mundial.

Es cierto que en algunos países los clubes tienen titularmente un dueño y aun los estadios; cosa que ni siquiera ocurre en los nuestros. Pero no lo es menos que, llamarse dueño de un club en un contexto de monopolio privado consagrado por las legislaciones deportivas de prácticamente todos los países del orbe, no significa nada. En el fútbol la FIFA es dueña de todo, pero nadie es dueño de la FIFA.

No interesa saber quién es propietario de las instalaciones o de los uniformes deportivos. Lo importante es saber quién es el dueño del negocio. Como en la educación, no interesa que los ladrillos y las carpetas sean de propiedad individual para que exista educación privada. Lo que interesa es que las currículas sean definidas por los dueños aparentes. Utilizándose una paráfrasis informática, podría decirse que la propiedad del fútbol no es un problema de *hardware*, es un problema de *software*.

Mucho se ha dicho, por ejemplo, que el basquetbol, el fútbol americano o el hockey, en los Estados Unidos, se encuentran dominados por la *maffia*. Puede que ello sea cierto. Para el caso no interesa, pues estando claramente establecidos los derechos de propiedad, nadie permite que haya violencia en los estadios, porque ello destruye la afluencia de público y daña las posibilidades de desarrollo del negocio. Ningún propietario auténtico va a consentir que se produzcan actos como los de las 'barras bravas' que van a repercutir directamente en contra de sus propios intereses.

Luego, si se trata de combatir este problema, la mejor legislación que puede proponerse es aquella que reconstituya los derechos de propiedad en este deporte, para que los incentivos estén donde deben y sean los propietarios del negocio los que se encarguen de cuidarlo, reduciendo la cantidad de daños, compensando a las víctimas y combatiendo hasta desaparecer a las 'barras bravas'. En nuestro concepto, la ventaja principal de este sistema es que coloca los incentivos en su sitio, no demanda gasto público y tiende a mediano plazo a producir el resultado más próximo al óptimo de Pareto.[10]

Esta situación, en donde no es posible desarrollar una actividad futbolística libre, ha derivado en una destrucción de los derechos de propiedad en este deporte.

En términos estrictos, las 'barras bravas' son consecuencia de un ambiente institucional en el que no existe derecho de propiedad. La literatura especializada llama a este fenómeno *free rider*, que podría traducirse como polizón o -más criollamente- como *gorrón*.

North y Thomas lo definen como 'aquella situación que se presenta en ciertos bienes públicos de cuyo consumo nadie puede quedar excluido y por el cual cada individuo busca beneficiarse de las contribuciones de los demás.[11]

El *free rider* o fenómeno del polizón lo que significa es que si no somos dueños de las cosas, sino que éstas son de todos, siempre habrá gente que se beneficie de la conducta diligente de otras sin tener que hacer nada para el efecto. Se trata de una actitud no cooperativa típica en que los estímulos para comportarse como es debido se reducen porque otras tienden a comportarse así.

Por lo general, este concepto es utilizado para explicar por qué unos pagan impuestos y otros no o

10 P. Schwartz y A. Carbajo Isla, 1980:134
11 D. North y R.P. Thomas, 1978:11

por qué unos limpian en las calles y otros no. Somos de la opinión de que es, asimismo, pertinente para esclarecer el tema de las 'barras bravas'.

En general, el fútbol está contaminado por el fenómeno del polizón porque no tiene dueño. Barristas y dirigentes no son más que polizones dispuestos a capturar un deporte del que no son dueños pero en el que se beneficiarán de la energía, el talento, y la pasión de atletas y aficionados.

Luego, la violencia en el fútbol no es la causa sino el efecto del problema: la falta de propiedad. Para enfrentarla, consiguientemente, hay que reconstituir conductas cooperativas que lograrán como Tullock dijo, 'el bienestar de la sociedad para la mayoría sólo si hay algún beneficio privado para nosotros al actuar en este sentido'.[12]

Las 'barras bravas', los *hooligans*, la violencia que devastan el fútbol en el mundo son la consecuencia de la destrucción de los derechos de propiedad en ese deporte por el monopolio de la FIFA. Son, si se quiere, un típico ejemplo de cómo todos tratan de vivir a costa de los demás.

Bibliografía

Acero Colmenares, María Alejandra [Castro Florez, Juan Alberto]
1989 *El tercero civilmente responsable en el proceso Penal.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.

Carbajo Isla, Alfonso
1980 [Schwartz, Pedro; -]

Castro Florez, Juan Alberto
1989 [Acero Colmenares, María Alejandra; -]

De Trazegnies, Fernando
1988 'La responsabilidad extracontractual'. *PUCP, Vol. IV: Biblioteca para leer el Código Civil.* Lima: Editorial e Imprenta Deza.

Durán [LaLaguna]
1992 *Una aproximación al análisis económico del Derecho.* Comares: Editorial Granada.

Ghersi, Enrique
1988 'El costo de la legalidad'. *Estudios públicos,* 30:88-89. Santiago de Chile: Otoño.

LaLaguna
1992 [Durán; -]

North, Douglas [Thomas, Robert Paul]
1978 *El nacimiento del mundo occidental.* Madrid: Siglo XXI.

Ott, Claus
1991 [Schafer, Hans-Bern; -]

Pejovich, Svetozar
1979 *Fundamentos de economía. Un enfoque basado en los Derechos de propiedad.* México: Fondo de Cultura Económica.

Polinsky, Mitchell
1985 *Introducción al análisis económico del Derecho.* Barcelona: Ariel.

Posner, Richard
1977 *Economic analysis of Law.* USA: Little Brown & Co.

Roemer, Andrés
1994 *Introducción al análisis económico del Derecho.* México: Fondo de Cultura Económica.

Schafer, Hans-Bern [Ott, Claus]
1991 *Manual de análisis económico del Derecho civil.* Madrid: Tecnos.

Schwartz, Pedro [Carbajo Isla, Alfonso]
1980 'Teoría económica de los derechos de apropiación'. *La nueva economía en Francia y España.* Madrid: Colección Forum universidad-Empresa.

Thomas, Robert Paul
1978 [North, Douglas; -]

Torres López, Juan
1987 *Análisis económico del Derecho.* Madrid: Tecnos.

Tullock, Gordon
1979 *Los motivos del voto.* Madrid: Espasa Calpe.

12 G. Tullock, 1979:xxxv

Filosofía

JUAN CARLOS CASTILLO CHACON[1]

El imperativo ideológico

El estado natural del hombre es la incertidumbre; la incertidumbre y la soledad. Desde su nacimiento, el hombre se encuentra repentinamente solo frente a un mundo hostil; sin saber de dónde viene, ni a dónde va, ni, muchos menos, por qué está aquí.

La soledad viene acompañando y agravando a la incertidumbre: nos encontramos, entonces, solos y sin la más mínima idea de quiénes somos, o de qué se supone que tenemos que hacer. El instinto de supervivencia nos impulsa, casi sin darnos cuenta, a enfrentarnos a ese mundo, a lidiar con esas circunstancias que nos son dadas. Empezamos a crear nuestras vidas y a lo largo de todo ese proceso de creación -por más que nos esforcemos- jamás desaparecen la incertidumbre ni la soledad. Es a este proceso -llamado vida- a lo que Octavio Paz ha denominado, poéticamente, 'el laberinto de la soledad'.

La incertidumbre, pues, es algo inherente al ser humano; nace y muere con nosotros. Sin embargo, no por eso se ha logrado acostumbrar el hombre a ella. Por el contrario, no hay nada que le moleste más; quiere siempre estar en control y algunas veces cree, ingenuamente, que lo está. La historia de la humanidad está plagada de vanos intentos de luchar en contra de esa incertidumbre.

La primera respuesta para salir de la incertidumbre fue la religión: nuestras vidas y el mundo entero estaban en manos de los dioses. Sus designios podrían estar fuera de nuestra comprensión, pero existían esos designios. Era necesario, entonces, congraciarse con él o los dioses a fin de obtener sus favores. No se tenía una explicación de las cosas, pero se obtenía, en cambio, una esperanza: si se seguían ciertas fórmulas o ritos, se realizaban buenos actos o, más fácil aún, por el solo hecho de tener fe se obtendría el premio final. La fe se oponía a la razón. Tal es aun el consuelo de muchos, lo único que les permite vivir en este mundo caótico.

La religión, sin embargo, se quedó corta, no lograba explicar plenamente la realidad, al mismo tiempo que se contaminaba con mera superstición, desprestigiándola aún más. Empezó, entonces, a ser cuestionada: mentes geniales -religiosas y laicas- empezaron a debatir los dogmas religiosos y muchas de las supersticiones que le aparejaban, demostrando sus limitaciones. Empezó con ello el culto a la razón, la razón que vendría a suplantar a la Religión; que vendría a demostrar que el hombre -y no Dios- era el centro del Universo, dueño de su propio destino. Este culto alcanzó su más absurdo extremo durante la Revolución Francesa.

El culto a la razón conllevó el auge de la ciencia y la muerte de la filosofía, la ciencia empezó a desarrollarse cada vez más rápidamente, conquistando metas que parecían inaccesibles. Esta sucesión de triunfos nubló nuestras mentes y caímos fácilmente en la ilusión de que en la ciencia encontraríamos la explicación de todo lo que pasaba en el mundo.

La ciencia continuó avanzando vertiginosamente y, con dicho avance, creció nuestra fe en la razón. Los descubrimientos se sucedían unos a otros y la tecnología lograba cosas que, hasta el día anterior, parecían imposibles. El hombre tomó confianza en sí mismo y, como el aprendiz de mago, se cegó por la arrogancia, abriendo la caja de pandora.

1 Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.

La caída fue estrepitosa y horrible: justo cuando el hombre se sentía más seguro de sí mismo y de su todopoderosa razón surgió uno de los conflictos más sanguinarios, devastadores y radicales que ha conocido la humanidad: la Primera Guerra Mundial.

El resultado inmediato de dicha debacle fue un cuestionamiento de las bases sobre las que se había fundado la civilización hasta ese entonces: en lo político, la Primera Guerra Mundial produjo la desaparición de cuatro de las más poderosas monarquías: Alemania, Rusia, Austria y el Imperio Otomano. Un evento de tales proporciones, en lo político, obligó a un análisis aún más profundo en lo intelectual: se cuestionó el pilar de la civilización occidental: la razón.

El hombre se dio cuenta de que había estado alucinado, cegado por una ilusión. Se dio cuenta, como decía magistralmente Ortega,[2] que la razón y la ciencia, con todos sus avances, no habían logrado jamás contestar a una pregunta verdaderamente importante. Teníamos electricidad, radio, carros, aviones y un sinfín de otros inventos que hacían más cómoda nuestra vida, pero seguíamos en la más absoluta ignorancia acerca de la naturaleza humana. Aún no sabíamos quienes éramos, de donde veníamos o por qué estábamos aquí.

La razón, entonces, entró en crisis, basta leer la literatura de esa época para darse cuenta de la profunda depresión que afligía el alma de las personas de esa época; las mismas personas que hacía unos pocos años habían recibido con júbilo las noticias de la guerra. Hoy se sentían vacíos, más solos que nunca, sufriendo de esa terrible resaca moral que aflige al hombre cuando el suelo se le hunde bajo los pies al darse cuenta de cuán errado, de cuán ciego estaba.

El hombre se quedó de pronto frente a una incertidumbre mayor que la usual, se quedó sin instrumento alguno para enfrentarse a ella: había sepultado hacía tiempo a la religión y su heroína, la razón, le había defraudado escandalosamente. Se creaba un vacío terrible que, aunque fuera en defensa propia, debía ser llenado por algo. Ese algo resultó ser la ideología.

Una ideología es una estructura mental que trata de explicar el mundo tomando elementos de la ciencia y de la religión; es lo que podríamos llamar un coctel en el que se vierte gran cantidad de fanatismo y se sirve en un vaso que dé la apariencia de respetabilidad científica.[3] De la ciencia intenta imitar el método y de la religión, la fe. Trata de reducir el mundo en general y la vida en particular a un esquema más o menos simplista; reduciendo con ello también la incertidumbre y, por ello, el malestar; máxime que el triunfo final -al igual que la vida- dependerá de un factor sobre el que no tenemos control alguno y, por ende, es inevitable, es decir, no tenemos que hacer nada, basta ser de determinada clase social, o de determinada raza para que el mundo del futuro, el mundo ideal sea nuestro, sin que nada, ni nadie pueda evitarlo; los individuos que, hasta hacía poco, eran despreciados o marginados se convierte de la noche a la mañana en 'instrumentos de la historia' y adquieren conciencia de lo que eso significa. Adquieren de pronto una 'importancia' que hasta entonces no tenían y que les permite manifestar libremente su odio y su rencor contra aquellos que, para su mala fortuna, pertenecen al grupo equivocado.

La ideología, sin embargo, no es más que una respuesta instintiva a la incertidumbre que acompaña siempre al hombre y que le aterra. Es un intento desesperado por aliviar esa gran aflicción humana: la incertidumbre. Su génesis podríamos decir que es casi piadosa; parafraseando a Marx, se puede decir que 'la ideología es el opio de los ilusos'

Ahora bien, la ideología -a pesar de su carácter humanitario original- representa graves peligros para la sociedad. Revel[4] al preguntarse ¿Qué es la ideología? Responde que

> *'es una triple dispensa: dispensa intelectual, dispensa práctica y dispensa moral. La primera consiste en retener sólo los hechos favorables a la tesis que se sostiene, incluso en inventarlos totalmente, y en negar los otros, omitirlos, olvidarlos, impedir que sean conocidos. La dispensa práctica suprime el criterio de la eficacia, quita todo valor de refutación a los fracasos. Una de las funciones de la ideología es, además, fabricar explicaciones que los excusan [...]*

2 J. Ortega Gasset, 1981.

3 La ideología es uno de esos términos que, por haber sido vaciado de contenido, son prácticamente imposibles de definir. Fueron Marx y Engels quienes le dieron fama a dicha palabra, aunque el significado que ellos le daban era muy distinto al que utilizaremos a lo largo del presente ensayo.

4 J. F. Revel, 1990.

La dispensa moral abole toda noción de bien y de mal para los actores ideológicos; o más bien, el servicio de la ideología es el que ocupa el lugar de la mora. Lo que es crimen o vicio para el hombre común no lo es para ellos'.

Los ideólogos, entonces, están por encima de los lemás hombres, están por encima de la ley e, incluso, stán por encima del bien y del mal pues ellos mismos on la fuente del bien y de la verdad.

Tales dispensas no serían graves si la ideología se nantuviera fiel a su naturaleza: una abstracción intelecual, totalmente alejada de la realidad y sin ningún fecto práctico. Sin embargo,

'aunque la ideología no pesa eficacia, en el sentido de que no resuelve ningún problema real, ya que no proviene de un análisis de los hechos, sin embargo está concebida con vistas a la acción; transforma la realidad e incluso mucho más poderosamente de lo que lo hace el conocimiento exacto'.[5]

La combinación de ambos elementos -las dispensas ntelectual, práctica y moral y su proyección hacia la ealidad- es lo que hace a la ideología una creación etal.

Ahora bien, si la ideología surge casi espontáneanente, como producto de nuestro instinto de superivencia y de nuestra aversión al sufrimiento, ésta no e mantiene por las mimas causas.

En efecto, la ideología, como tal, no resiste un nálisis riguroso de las premisas que la fundan. La nayoría de ellas mueren de la misma forma en que nacieron: espontáneamente. Caen sepultadas bajo el peso de la realidad que las desvirtúa. Es por ello que xigen de su partidarios una fe religiosa y absoluta. Surge el culto a la figura del fundador a quien se le onsidera el depositario de revelaciones accesibles nicamente a los iniciados. Toda la energía que sirvió para crearlas se encauza ahora a defenderlas a través de una negación sistemática de la realidad. En lugar de utilizar la realidad como un medio de control de us propias ideas, se empeñan en negar todo aquello que demuestre o amenace demostrar sus errores. En este sentido se vuelven estériles: en lugar de utilizar la energía y el intelecto para crear, la ocupan únicamente en defender y destruir.

Este proceso se ve reforzado por otro proceso igualmente natural al hombre y que muchas veces se ignora o se niega.

'El poderío de la ideología encuentra su mantillo en la falta de curiosidad humana por los hechos. Cuando nos llega una información nueva, reaccionamos ante ella empezando por preguntarnos si va a reforzar o a debilitar nuestro sistema habitual de pensamiento, pero esa preponderancia de la ideología no tendría explicación si la necesidad de conocer, de descubrir, de explorar lo verdadero animara tanto como se dice nuestra organización psíquica. La necesidad de tranquilidad y de seguridad mentales parece ser más fuerte. Las ideas que más nos interesan no son las ideas nuevas. El florecimiento de la ciencia, desde el siglo XVII, nos incita a presuponer en la naturaleza humana un congénito apetito de conocimientos y una insaciable curiosidad por los hechos. Pero, como nos enseña la historia, si el hombre despliega, en efecto, una intensa curiosidad intelectual, es para construir vastos sistemas explicativos tan verbales como ingeniosos, que le proporcionan una tranquilidad de espíritu en la ilusión de una comprensión global, más que para explorar humildemente las realidades y abrirse a informaciones desconocidas'.[6]

La ideología, pues, es, en este sentido, un sustituto barato y peligroso de la filosofía, que surge de la tendencia humana de optar por el camino más fácil aunque no sea éste el correcto. La comodidad tiende a prevalecer sobre la verdad.

El ejemplo de la ideología comunista que impuso a toda la Unión Soviética, durante treinta años, la teoría biológica de Lyssenko, que rechazaba la teoría cromosómica, negaba la existencia de los genes y condenaba enérgicamente la 'desviación fascista y trotskista-bukharinistica de la genética' es un ejemplo escalofriante de hasta donde pude llegar la negación de la realidad de una ideología y de los efectos que dicha negación producen sobre personas totalmente ajenas a ella. Los verdaderos biólogos fueron

5 *Ibidem*, 145.
6 *Ibidem*, 179.

perseguidos y encarcelados, acusados de promover la ciencia 'burguesa' en detrimento de la ciencia verdadera: la ciencia 'proletaria'. La 'agrobiología' de Lyssenko -agronomía de Estado-

> *'profesaba la inutilidad de los abonos, prohibía las hibridaciones, puesto que era notorio, según la doctrina, que una especie se transformaba por sí misma en otra, sin cruces: el centeno en trigo, la col en nabo, el pino en abeto, y recíprocamente'.*[7]

Tales medidas acarrearon, por supuesto, consecuencias terribles para la agricultura soviética que ya de por sí se encontraba en una precaria situación debido a la colectivización de la propiedad; y con ello contribuyó en buena parte a la muerte por hambre de millones de personas. Mao Ze Dong condenó también a decenas de millones de chinos a morir de hambre durante su *'gran salto adelante'* y, cuando algunos de sus funcionarios -enviados especialmente para investigar la verdadera situación del país- le reportaron la verdad, lo único que hizo fue destituirlos y encarcelarlos.

A todo lo anterior, viene a sumarse otro fenómeno aún más destructor: la protección de los intereses creados por la propia ideología. Así él o los ideólogos adquieren -según la popularidad de sus doctrinas- mayor o menor poder sobre sus seguidores y es a ese poder al que se aferran desesperadamente. La existencia de los ideólogos, entonces, depende de la existencia de las ideologías que propugnan. De ahí las reacciones tan violentas de estas personas ante todo individuo, idea o realidad que atente en contra de su ideología. El sistema empieza a volverse autosustentable dada la identidad entre personas e ideas.[8]

Entre más popularidad adquieran las ideologías, más peligrosas se vuelven. El ejemplo más aterrorizador de lo expuesto han sido las dos ideologías que preconizaron la Segunda Guerra Mundial: el comunismo y el fascismo. Ambas lograron alcanzar el poder político en Rusia y Alemania, respectivamente, y conllevaron la negación de toda realidad, hasta la de la persona. Las dos terminaron cayendo -una mucho más tarde que la otra- demostrando a todas luces e fracaso de sus modelos políticos, económicos y socia les, pero el costo fue altísimo. Llegaron a poner e peligro la existencia misma de la humanidad.

Por último, no debemos menospreciar la aporta ción que los intelectuales tienen en la aparición conservación de las ideologías. En efecto, los intelec tuales, como todos los demás hombres, gustan d estar a la moda que no es otra cosas que la necesida de ser aceptado. Así como hombres y mujeres imita los estilos de vestir y de comportarse de las persona a las que consideran mejores a fin de ser aceptado socialmente, así los intelectuales adoptan cierta ideologías sin analizarlas con tal de estar a la mod intelectualmente hablando. Esa aceptación de su colegas puede, en muchos casos, significar premios distinciones. Es clásico el caso de Borges, quien, po no haber abrazado la ideología de moda en su époc -el comunismo- nunca recibió las distinciones a la que su talento literario debieran haberlo hech acreedor. La gravedad de la participación de los inte lectuales es que usan su reputación -ganada en otro campos que nada tienen que ver con la ideología para revestir de prestigio y con ello de un aura d verdad las mentiras que propugnan las ideologías.

El fracaso absoluto del comunismo y del nazism en Europa, significó el fin de la ideología radical revolucionaria. Esto, sin embargo, no implica la des aparición de esos mecanismos mentales de autode fensa. Las ideologías no desaparecerán mientras n desaparezca la causa que les da origen: la incertidum bre y esa, como hemos visto, no desaparecerá jamás es intrínseca a la naturaleza humana.

Las ideologías de hoy son más sutiles, pued influirnos sin que nos demos cuenta. Se han hech más impersonales aunque, debido al avance de lo medios de comunicación, llegan e influyen a u mayor número de personas. Tal es el caso del aug de la psicología y sus derivados: los libros, curso seminarios y demás memorabilia de *self-help* autoayuda. Este movimiento, más que encontr soluciones a los problemas, busca culpables. Pa ellos, todo tiene una explicación, un culpable que n somos nosotros mismos y que, si seguimos el des

7 *Ibidem*, 23.

8 Esto, por supuesto, no es una característica exclusiva de las ideologías. También la religión ha luchado en contra de todo aquell que amenace su poder sobre el individuo, el cual se basa en encontrarse ellos, según ellos mismos lo afirman, más cerca de Dios servir, por ende, de intermediarios entre El y nosotros.

rrollo lógico de tales ideas, resulta que los culpables de todos los males que aquejan a la humanidad son Adán y Eva (ir más lejos sería herejía). Con ello, por supuesto, nos eximen de responsabilidad, proporcionándonos esa tranquilidad espiritual que anhelamos. El problema es que, al privarnos de responsabilidad, nos privan también de la virtud, aunque ese punto nunca lo avanzan.

Otros ejemplos de ideologías modernas son los movimientos feministas, ecologistas y de derechos humanos. Todas ellas abstracciones que se han convertido en vehículos idóneos para llevar a un gran grupo de burócratas tecnificados a obtener cuotas de poder real.

En conclusión, la historia de la humanidad ha sido prueba contundente de los esfuerzos del hombre por controlar su circunstancia, en vez de que las circunstancias lo controlen a él. Dicho afán *per se* no puede ser condenado ya que, aunque inútil como hemos visto, cumple una labor necesaria para alcanzar la estabilidad espiritual que puede redundar en estabilidad social. El peligro radica en esa inclinación de la ideología hacia la *praxis*, en ese impulso de pretender imponer a otras personas nuestras ideas por medios distintos a la discusión y el análisis; y, más aún, el pretender hacerlo a través del poder político.

En conclusión, la ideología es una respuesta natural del hombre a la incertidumbre y no desaparecerá mientras no desaparezca ésta o el hombre no la acepte. Nos vemos entonces en la necesidad de aceptar su existencia y de aprender a convivir con ellas. Para ello debemos mantenernos siempre alertas ante los intentos de cada una de ellas de monopolizar la tenencia de la verdad. Debemos aprender de la historia y de sus errores y esforzarnos genuinamente en alcanzar el verdadero conocimiento para, con él, iluminar los negros y profundos abismos en los que nuestras propias mentiras nos pueden hacer caer.

Bibliografía

Ortega y Gasset, José
1981 *Historia como sistema y otros ensayos de filosofía*, Madrid: Revista de Occidente, Alianza Editorial.
Revel, Jean Francois
1990 *El conocimiento inútil.* Editorial Planeta.

¿Acaso hay tragedia imaginable más grande que el que en nuestro esfuerzo deliberado por conformar nuestro futuro de acuerdo con elevados ideales, produzcamos, sin desearlo, exactamente lo opuesto a nuestro objetivo?

Lord Acton

LUIS ALFONSO ROBLES V.[1]

La palabra y la libertad

La alta cultura procura el buen pensar en las gentes. Ese 'buen pensar' significa comunicar y entender ideas con eficacia. Pero el hombre necesita de las palabras y de los símbolos para el uso de sus ideas. El entendimiento emplea ideas y el lenguaje palabras. Esto crea una de las más difíciles sendas para el andar del espíritu, tanto por el poder que las ideas tienen como por la maleable naturaleza de las palabras.

Tal ductilidad de las palabras ocasiona un escape del sentido que originalmente tuvieron y, así, pueden enunciar algo diferente a la idea que deberían contener. Ese es el desgaste de las palabras que preocupa a Hayek cuando piensa acerca del valor perenne de las ideas fundamentales.

Por la palabra, la idea se hace objetiva, y de lo meramente pensado se instala en el reino de lo real. La palabra, como continente de la idea, tiene la responsabilidad del fiel significado: la palabra y la idea debieran constituir una unidad inseparable. Pero, al significar una palabra algo diferente de la idea que contiene, entonces cabe revisar el uso que se le ha dado para que la verdad no se pierda en la sima de lo ambiguo. Esto es, para el hombre, como perderse en el laberinto de las verdades a medias y, por lo tanto, caer en la falsificación del conocimiento.

Platón, cuando aborda el tema de la exactitud de las palabras en el *Cratilo*, evidencia uno de los más difíciles escollos del conocimiento humano: para conocer dependemos de los nombres. Es decir, si veo algo y no sé su nombre, resulta como si no lo hubiera visto. Así, la palabra puede proporcionar conocimiento, si es exacta. Pero, si al advertir una cosa se me indica otro nombre que no le corresponde, no sólo no conozco de verdad sino que, además, se me engaña. Por ello, Platón consideró peligroso el manejo de las palabras. Al trasladar esto al campo de la vida política de una sociedad, el problema asoma sus más temibles aspectos.

Al vivir en sociedad, los hombres manejan una serie de ideas generales que llegan a ser una especie de 'esencia' de la vida social. Esas ideas (como 'solidaridad', 'cooperación', 'libertad', etc.) suelen expresarse a través de desideratas o de manifiestos, y las personas revisten dichas ideas con una aureola especial por su grado de importancia. De esa manera, las ideas políticas y morales, especialmente, son vistas con mucho respeto, con devoción o con temor, según el caso. Son muchos los escritos serios en que, por ejemplo, se habla de la Moral (con mayúscula) que es diferente de lo que podría ser la moral de una persona. Rivet ya ha dado el consejo de desconfiar de las palabras que se escriben con mayúscula. Alguna intención poco clara llevarán.

En ese sentido, puede notarse que el manejo excesivo de palabras con mayúsculas puede subordinar la comprensión intelectual de un individuo poco advertido. Pero la preocupación de fondo debe dirigirse hacia el efecto que las palabras puedan tener en la vida social de los individuos.

El estilo de vida de una sociedad está determinado, en cierta medida, por las costumbres y por los principios o ideas generales que los políticos, entre otros, pregonan como los ideales de la sociedad. Es en esto último donde la palabra puede convertirse en un instrumento de poder, ya sea liberador o esclavizante. Así, puede observarse que algunos movimien-

1 Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.

os políticos han debido su éxito al hábil manejo de alabras que, como simples lemas, han logrado deslumbrar y manipular a la mayoría.

El ejemplo más claro de lo anterior fue la Revolución Francesa: éste es el caso en que las palabras tuvieron más eficacia que las armas. La sublevación armada lo fue un complemento. Los zapadores de avanada fueron aquellos que, a través del manipuleo de s palabras (grandilocuencia y emotividad), se encararon de fomentar el antagonismo y el resentimiento.

La búsqueda frenética del poder, sin importar el osto moral, encuentra una vía fácil en el empleo de alabras cargadas de emotividad, o bien en el uso de alabras que, por ignorancia, fascinan a la mayoría. na de ellas es la de igualdad.

El hombre ordinario gusta más de la palabra que e la idea. La palabra le resulta más cercana y, por eso, cree entenderla mejor. La idea parece más lejana y difícil de comprender. Por ello, la palabra puede convertirse en una eficaz coacción de la libertad.

Las voces de los nuevos filósofos de la libertad tratan de poner en sobre aviso ante tal peligro, que no es nuevo sino muy antiguo. Lo nuevo es la admonición de los filósofos de la libertad y, por ello, se les ve con desconfianza. Pregonan algo que cuesta entender: la libertad; que choca contra lo que ingenuamente parece lo más razonable, esto es, la igualdad.

Quizá sea una tarea que evoca el empeño socrático de desenmascarar la falsa sabiduría de los conductores de las masas. La igualdad se instala fácilmente a través del ruido palabrero. La libertad exige una larga y penosa faena en el silencio del buen pensar.

Es raro que una libertad, cualquiera que sea, se pierda de una vez.

David Hume

Política

MARIO FUENTES DESTARAC[1]

El tráfico de influencias

Sumario

Planteamiento
Concepto de tráfico de influencias
Principales vehículos del tráfico de influencias
3.1 Financiamiento electoral
3.2 Nepotismo y compadrazgo
El tráfico de influencias: una forma de privilegio
Conclusiones
Bibliografía

Planteamiento

Comúnmente se denomina *tráfico de influencias* a la gestión y obtención de concesiones y prerrogativas, lícitas e ilícitas, al amparo del poder político.

En Guatemala, el *tráfico de influencias* es tan viejo como nuestra historia.

Toda la vida los 'influyentes' han conseguido ventajas políticas y económicas que les han permitido enaltecerse y enriquecerse.

Los esclavos de la época precolombina y las encomiendas y repartimientos durante la Colonia eran algunos de los privilegios que se obtenían a través de las 'influencias'.

A lo largo de nuestra vida independiente hicieron historia los privilegios y concesiones económicas y políticas conferidos a los 'influyentes' en tiempos de Rafael Carrera, Justo Rufino Barrios, José María Reina Barrios, Manuel Estrada Cabrera y Jorge Ubico Castañeda, entre otros.

La 'influencia', o como diría Joseph C. Goulden 'el empleo del poder con elegancia',[2] también estuvo presente después de la caída de Ubico. Sin duda, hubo *tráfico de influencias* durante los gobiernos revolucionarios y liberacionistas. Sin embargo, los 'grandes negocios' generados por el *tráfico de influencias* se iniciaron y consolidaron durante los regímenes militaristas de las décadas de los 70's y principios de los 80's, especialmente en tiempos del General Fernando Romeo Lucas García, cuando al amparo del gobierno se hicieron millonarios e inmorales 'negocios' en detrimento del patrimonio nacional.

La 'apertura democrática' de hace diez años no proscribió el *tráfico de influencias*, por lo que éste ha estado presente durante los últimos tres gobiernos constitucionales.

En fin, el *tráfico de influencias* ha sido y es una práctica de uso constante que inequívocamente ha incidido en la historia política y económica de nuestro país. Una tradición inmoral, oscura y deleznable que estimula y fomenta el oportunismo, el enriquecimiento ilegítimo y las granjerías a granel, que, en dos palabras, privilegia y discrimina a la vez.

Estamos frente a una costumbre incongruente con el espíritu democrático y con los principios de equidad y de justicia, que por mucho tiempo la hemos tolerado y que sencillamente se ha vuelto insoportable.

En el mundo entero se está proscribiendo esta práctica inmoral y Guatemala no puede quedarse atrás.

Abogado y Notario
J.C. Goulden, Pág. 29

2 Concepto de tráfico de influencias

Guillermo Cabanellas dice que el *tráfico de influencias* se conoce también como 'venta de humo' y 'consiste en la ficción de poseer relaciones eficaces en la esfera pública, para conseguir desde colocaciones a concesiones o autorizaciones para grandes negocios, incluso lícitos'.[3]

El concepto de *tráfico de influencias* está estrechamente relacionado con la denominada 'recomendación' y el soborno o cohecho.

Cabanellas se refiere a la 'recomendación' como el 'refuerzo de amistad, influjo o poder para trato especial y benévolo, especialmente con quien aspira a puesto o destino cómodo y bien remunerado, constituyen las recomendaciones (en el fondo inexactas o injustas, además de indicar falta de méritos propios en el pretendiente y de justicia en quien resuelve) verdadera plaga en la vida pública'. Agrega Cabanellas que 'si por compromiso deben formularse a veces, por justicia no han de atenderse en perjuicio de los desamparados'.[4]

En muchos casos, el *tráfico de influencias* y la 'recomendación' dan lugar o desembocan en el soborno o cohecho, el cual está tipificado como delito en el Código Penal vigente (artículos del 439 al 444).

3 Principales vehículos del tráfico de influencias

En nuestro país, el *tráfico de influencias* se gesta, propicia y viabiliza a través de los siguientes medios:

3.1 Financiamiento electoral

El escritor Antonio María Calero señala: '¿Por qué algunos Estados han decidido la financiación pública de los partidos políticos? La razón que comúnmente se aduce es el principio de igualdad ante la ley: todos los partidos deben tener las mismas oportunidades de acceder al poder. Ahora bien, para conseguirlo es preciso realizar toda una serie de actividades que exigen muchos gastos, por lo que los partidos más ricos estarían en ventaja respecto de los demás. Y por otro lado los que consiguieran el poder gracias al apoyo financiero de entidades o individuos privados se verían sometidos a la influencia de sus patrocinadores, con el consiguiente daño para el interés general. Se trata, claramente, de evitar la corrupción'.[5]

Si bien es cierto nuestra Ley Electoral y de Partidos Políticos garantiza un financiamiento estatal para las organizaciones políticas (artículo 20, inciso f), no hay limitación alguna en cuanto a la recaudación de fondos de origen no estatal por parte de las mismas. Es decir que las organizaciones políticas pueden recolectar los fondos que consideren 'necesarios' para sus propósitos, sin ningún control ni fiscalización.

Esto abre la puerta a que personas o entidades interesadas en tener 'influencias' financien, sin evidenciarse, a las organizaciones políticas y sus dirigentes. Eventualmente, las 'influencias' pueden traducirse en empleos, concesiones, prerrogativas, preeminencias, negocios lícitos e ilícitos y hasta en la misma 'compra de voluntades'. Todo depende del carácter y la fortaleza moral del político, porque no hay sanción legal que lo desestimule.

Los fondos pueden provenir de cualquier, incluso del 'crimen organizado'. El reciente 'narco-escándalo colombiano' es una prueba fehaciente de esta posibilidad.

En todo caso, es innegable que la abrumadora mayoría de los 'donantes electorales' dan sus aportes no precisamente por un mero altruismo o sentido patriótico, sino para asegurarse privilegios y concesiones, y que en las campañas electorales algunos candidatos se hayan vuelto 'millonarios' a través de las 'donaciones políticas'.

3.2 Nepotismo y compadrazgo

Los parientes y los amigos de quienes ejercen el poder político están muy propensos y dispuestos al 'tráfico de influencias'. Por la elocuencia de los hechos durante toda la historia nacional en cuanto a este tipo de 'influencia', no necesitamos abundar más en este punto.

3 G. Cabanellas, VIII:158
4 *Ibidem*, VII:41
5 A. M. Calero, 60.

El Tráfico de influencias: una forma de privilegio

El *tráfico de influencias* es una forma de privilegio porque garantiza a ciertos grupos o individuos ventajas y concesiones económicas y políticas, lícitas e ilícitas, con la consecuente discriminación para quienes no gozan de ellas o, simplemente, las padecen.

Nuestra Constitución Política prohíbe los privilegios y las discriminaciones y obliga al Estado a garantizar la justicia (artículos 2°, 4° y 130).

La justicia no es compatible con los privilegios ni con las discriminaciones. La justicia demanda la igualdad ante la ley que se traduce en la emisión de leyes generales y abstractas que sean observadas y aplicadas a todos por igual. Consecuentemente, la justicia es esencialmente antiprivilegios.

De tal suerte, si nos ponemos de parte de la justicia, inexorablemente debe suprimirse el privilegio del *tráfico de influencias* y garantizarse el cumplimiento pleno del principio de igualdad ante la ley, el cual es baluarte fundamental del Estado de Derecho.

Conclusiones

Con base en las consideraciones anteriores, resulta imperativo:

a Que se tipifique como delito el *tráfico de influencias*

b Que se obligue legalmente a las organizaciones políticas a hacer público el origen y uso de todos los fondos que reciban, sean estatales o no.

c Que la autoridad electoral pueda comprobar fehacientemente el origen y uso de los fondos que reciben las organizaciones políticas, sean estatales o no.

d Que se obligue legalmente a los candidatos a ocupar cargos de elección popular y, por lo menos, a sus esposas e hijos mayores de edad, a presentar una declaración jurada de sus bienes al momento de ser inscritos como tales en el Registro de Ciudadanos.

e Que se generalice en el sector público el procedimiento de selección por oposición, toda vez que es la mejor manera para erradicar la 'recomendación'.

Bibliografía

Goulden, Joseph C.
Los Abogados del Dólar. Ediciones Grijalbo.

Cabanellas, Guillermo
Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VIII. 20ª edición. Editorial Heliasta S.R.L.

Calero, Antonio María
Partidos Políticos y Democracia. Salvat Editores.

El individualismo, a diferencia del socialismo y de todas las demás fórmulas totalitarias, se basa en el respeto cristiano por el individuo, y en la creencia de que es deseable que cada cual disponga de libertad para desearrollar sus talentos e inclinaciones peculiares.

Friedrich A. Hayek

Sección estudiantil

OCTAVIO RENE GALINDO RUIZ[1]

La nueva *Ley del mercado de valores y mercancías* y los títulos de crédito innominados

Sumario

Introducción
1 ¿Títulos de crédito o títulos valores?
2 Títulos innominados
2.1 Por el carácter del creador o emisor
2.2 Por la ley que los rige
2.3 Por el derecho incorporado: (Art. 619 del *código de comercio colombiano*)
3 Efectos de la *Ley del mercado de valores y mercancías* sobre los títulos innominados
Conclusiones
Bibliografía

Introducción

El presente trabajo analizará los posibles efectos que tendrá la nueva *Ley del mercado de valores y mercancías*, decreto 34-96 del congreso de la República de Guatemala.

No se pretende exponer una teoría jurídica, sino señalar una realidad: los cambios que el Derecho mercantil guatemalteco está afrontando, al desarrollarse nuevos campos en las relaciones mercantiles. Los guatemaltecos, en especial los empresarios y los inversionistas, tienen ahora mayores oportunidades, con la apertura de la economía a nuevos mercados, tanto de bienes de capital como de productos y servicios.

En lo referente a los *títulos valores*, el Derecho comparado, contiene leyes de igual naturaleza en Colombia, España, Argentina y México. De ellas tomamos los comentarios de eminentes juristas dedicados a la rama mercantil, para descubrir los probables efectos que la *Ley del mercado de valores y mercancías* tendrá sobre la aplicación de los títulos innominados. se tomó también en cuenta lo estipulado en el *Código de comercio,* sobre los títulos de crédito y lo que esencialmente indican los principios que inspiran al Derecho mercantil. El fenómeno comercial de la negociación de valores en Guatemala es reciente y se ha ido desarrollando paulatinamente. Como toda institución mercantil, ha sido recogida por la ley positiva muy posteriormente a su consolidación.

Por último, se concluye con los puntos de vista real y práctico, con datos de experiencias de otros países, así como de los que la realidad guatemalteca podría tener en el mediano y largo plazo, con el crecimiento del mercado de valores en nuestra sociedad. Lógicamente desprendido de lo anterior, se contesta el cuestionamiento inicial sobre ¿cuál será el efecto que tendrá la *Ley del mercado de valores y mercancías* sobre los títulos innominados?

Un aporte del presente trabajo es apuntar los posibles efectos que, a la luz de la ley positiva y de los principios mercantiles, podrían suceder en la vida práctica, ya que la *vida* precede al *Derecho* y no la inversa. La certeza jurídica, los actores del mercado y, en especial, los valores se basan 'en la buena fe y la verdad sabida' (la confianza). Estos principios se concretan ahora en un marco legal que pretende dar espacio a la modernización financiera, empujada en el ámbito nacional por los fenómenos de la integración regional y la globalización, que ha permitido, en forma espontánea, un mayor acceso al crédito y a recursos de inversión, y que ha favorecido la estabili-

1 Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.

dad económica, como desde hace años no se tiene, con crecimiento real, ya que hay más fuentes de financiamiento en forma de capital accionario o *títulos valores.*

1 Títulos de crédito o títulos-valores?

La metodología del presente trabajo parte del análisis sobre la confusión de interpretación que puede suscitarse entre lo que entendemos por títulos de crédito y *títulos valores,* dado a que en el ordenamiento legal existente hasta antes de la *Ley de valores y mercancías,* no había tal diferencia de interpretación el libro tercero del *Código de comercio* solo se refiere a las cosas mercantiles, y en su título primero regula los títulos de crédito. El artículo primero establece que su aplicabilidad se extiende a los comerciantes en su actividad profesional, a los negocios jurídicos y a *cosas mercantiles.* El cuarto describe los *títulos de crédito* .

En la exposición de motivos[2] *Código de comercio* se expresa como cosas mercantiles típicas a los títulos de crédito, indicando que la comisión se fundó en el proyecto de *ley uniforme centroamericana* elaborado por el Dr. Raúl Cervantes Ahumada. A juicio de dicha comisión se supera las convenciones de Ginebra y la Haya se mantiene el nombre de títulos de crédito, originado en la doctrina italiana, *pues la crítica que hacen las doctrinas germánicas a tal denominación no se estimaron suficientes para cambiarlo.* Apuntan asimismo que 'el concepto de títulos de crédito repite los lineamentos clásicos de Vivante, con las modificaciones, que él mismo expresa...' En dicha exposición de motivos se encuentra un principio muy importante para el presente trabajo, elaborado por la comisión redactora del actual *Código de comercio*, entre quienes se contó con la participación de los juristas guatemaltecos Ernesto Viteri Echeverría, Arturo Yaquián Otero, Jorge Skinner Klée, Edmundo Vásquez Martínez y Armando Diéguez Pilón. Su contenido es el siguiente: *'Todo título debe contener el nombre de que se trata. No hay títulos innominados'* (el resaltado con negrillas es mío).

Hasta el presente, la tendencia positiva de enmarcar una institución jurídica mercantil, como son los títulos de crédito, ha estado delineada por el pensamiento latino de la doctrina italiana que llegó a nuestros juristas a traves de autores italianos y mexicanos. Los germanos entienden que no todos los derechos incorporados a los títulos son de crédito y explican que dicho derecho puede conllevar más que reclamo dinerario, al contener también mercaderías. A esto se responde que depende de lo que identificamos como crédito, ya que no habría que circunscribirlo a cierta suma de dinero o a una obligación, como lazo jurídico que une a los sujetos, y que la minoría de los títulos incorporan un derecho a valores que no sean dinero, lo cual daría lugar a hablar de títulos de crédito reales. A mi criterio, no deberíamos hablar de crédito en forma limitada, pues en una forma más amplia estamos frente a 'valores'[3] que se pueden entender como

> *'un concepto intuitivo, pues es propio del hombre de juzgar y elegir. Está incluido en todo hecho económico, puede ser medido. El valor de las cosas está pues, fundado en su utilidad. Adam Smith en la* ***Riqueza de las Naciones*** *(1776) plantea al respecto: utilidad de un objeto en particular y facultad que da la posesión de un objeto para comprar otra mercancías (valor en uso, valor en cambio)'.*

En conclusión en el presente caso nos referimos a *títulos valores* y así lo demuestra la tendencia económica y mercantil en el campo jurídico actual, donde los títulos de créditos son una especie de *títulos-valores.* Esto lo apoyo en la *Ley de mercado de valores y mercancías* que en su articulo segundo establece:

> *'a) Valores: se entiende por valores todo aquellos documentos, títulos o certificados, acciones, títulos de crédito típicos o atípicos, que incorporen o representen según sea el caso, derechos de propiedad, de crédito o de participación'...*

La evolución jurídica en Guatemala es de corriente que establece el predominio real de los principios de flexibilidad, antiformalismo, libertad de contratación y libre empresa del Derecho mercantil. Un ejemplo es lo que en la vida comercial esta sucediendo

2 Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín, Números 6-7-8, págs. 1,2 y 46
3 J. Romeuf, 1956:927-933.

ara permitir un mejor desarrollo económico y finan-
iero.

El Doctor Edmundo Vásquez Martínez en *Institu-
iones de Derecho mercantil*,[4] en su tercera parte, 'Los
nstrumentos Jurídicos del Tráfico Mercantil', esta-
lece que

> 'la práctica mercantil, para atender a las exigencias económicas de *mayor rapidez, facilidad, seguridad y certeza* en la circulación de *bienes y derechos*, generó ciertos documentos que hoy se conocen con los nombres de *títulos de crédito* o *títulos valores*'.[5]

En la mentalidad de los juristas guatemaltecos
empre ha habido la inquietud de saber que en siste-
ás jurídicos mas desarrollados existe la denomina-
ión genérica de *títulos-valores*. A mi criterio es más
certada y muestra de ello es la *Ley del mercado de
alores y mercancías* en vigencia. Pasar desde esquemas
rídicos cerrados como los plasmados por la comi-
ón que elaboró el actual *Código de comercio*, al no
dmitir la existencia de títulos innominados, a la reali-
ad actual en donde la creatividad y necesidad de la
ociedad que va en pos de un desarrollo económico
ás concreto y no idealista, puede representar esta
osibilidad. Nunca he sido partidario de las enumera-
iones taxativas de las instituciones jurídicas, porque la
xperiencia demuestra que tarde o temprano el Dere-
ho se queda a la zaga de la realidad y no digamos en
rama que nos ocupa, como es el Derecho mercantil
ue, unido a entender el análisis económico, redunda
n usos que posteriormente por certeza y seguridad
rídica los individuos necesitan que se regulen en
orma amplia, en el entendido que la frase 'amplia'
ebe entenderse en el sentido de no pormenorizada o
asuística, sino más bien como general. Así lo
emuestra el Decreto legislativo 34-96.

En cuanto a la *naturaleza jurídica de los títulos de
rédito*, el Dr. Vásquez Martínez establece que es
ompleja por el hecho de que participan de la natura-
za de las *cosas*, de los *documentos* y de los *negocios jurídicos*. Por esta complejidad aparente, prefiero quedarme con la definición que hace el *Código de las obligaciones* de Suiza, en el artículo 965, al establecer que: 'Son papeles valores todos los títulos a los que se les incorpora un derecho, de tal manera que sea imposible darle valor a éste, o transferido, independientemente del título'. El mismo autor establece que la declaración contenida en los títulos de crédito puede ser de variada naturaleza. En efecto pueden haber:

> *'declaraciones de verdad (títulos de participación); declaraciones negociables y de verdad (títulos representativos de mercaderías) y declaraciones unilaterales no recepticias (títulos de contenido crediticio) y reafirma que su función como tal se debe ver desde el punto de vista económico, al hacer fácil y segura la circulación de los derechos y de las cosa materiales, ya que los títulos de crédito (valores) permiten el ejercicio y transmisión de los derechos y de las cosas por reunir ciertas cualidades: 'a) simplificación de las formalidades; b) certeza de la existencia del derecho a l tiempo de su adquisición y c) seguridad de su realización al final de la circulación'*.[6]

Al final apunta que la función económica se puede observar en diferentes operaciones de crédito, que en general persiguen al máximo la posibilidad de dar valor actual a la promesa de pago futuro contenida en dichos títulos, realizándose así la más importante función del crédito, consistente en cambiar un valor presente por otro futuro.[7] En base a lo anterior, podemos concluir que el problema de la designación formal así como el contenido real y práctico de los títulos de crédito o *títulos-valores*, se refieren a lo mismo en la práctica, y que si bien a la fecha existen otros títulos innominados o existirán en el futuro, la cuestión no está en qué ley lo estipule o quiénes consideren que existen o no existen. Esto más bien lo marca el mercado, a través de usos y costumbres comerciales que la creatividad del empresario, comerciante y persona alguna pueda realizar, lo que posteriormente se transforme en algo generalmente

E. Vásquez Martínez, 1978:303-310; 354-355.
El nombre ha sido debatido, en los países de habla española se llama 'títulos de crédito o valores'; en Francia, 'efectos de comercio y valores mobiliarios'; Alemania, 'títulos valores', y los anglosajones, 'instrumentos negociables'.
M. Yadarola, 1961:36, en E. Vásquez Martínez, 1978:308.
R. Uría, 1972:6.

aceptado por todos en el campo económico y financiero.

Aún recuerdo que la pregunta que se le hace a que estudia el derecho mercantil guatemalteco referido al *Código de comercio,* es que si las acciones de una sociedad pueden considerarse como *título de crédito*, por el hecho de que el artículo 99 de dicho cuerpo normativo establece que les será aplicables las normas de los títulos de crédito. A esto se puede contestar que si bien se les denomina acciones o participaciones sociales, son *títulos-valores* que encierran a los *títulos de crédito* como lo define la *Ley de mercado de valores y mercancías.*, Salvador Torres Escamez[8] señala también al respecto:

> *'aunque a veces se asimila título de crédito a título valor que en su sentido más específico el título de crédito podría entenderse como aquel que da derecho a una prestación pecuniaria y considerarse como una de las clases de los títulos-valores junto a los títulos de participación y los títulos de créditos impropios o títulos de legitimación'.*

Eizaguirre entiende que la confusión entre elementos doctrinales germánicos e italianos es causa de cierta ambigüedad en la exposición de la teoría general de los *títulos-valores* en la doctrina española.

El Doctor José Ignacio Narváez García, jurista colombiano, en *Las sociedades por acciones*, expone su teoría sobre que la acción se considera como t*ítulo-valor*, que contiene su fisonomía estructural y funcional, como el hecho de ser un título nominado, serial y contener una declaración de realidad (a diferencia de la declaración de voluntad propia de los títulos valores de contenido crediticio). El doctor Bernardo Trujillo Calle apunta que los efectos jurídicos, derivados de considerar a la acción como *título-valor* o de negarle esta calificación, son un campo fecundo a la investigación científica y que no es del caso explorar en pocas líneas.[9]

Podemos entonces decir que es de suma importancia que para poder entender los *títulos-valores* como quedaron plasmados en el concepto de valores del Decreto 34-96, era necesario iniciar una fundamentación precisa sobre el criterio que se tiene sobre el género y la especie, para entonces entender cómo enmarcar los títulos innominados en la comprensión y presentación del trabajo en cuestión.

2 Títulos innominados

Clasificar una institución jurídica tiene como objetivo hacer más aprehensible sus partes, o poderla visualizar desde diferentes puntos de vista. Así a veces lo sencillo lo volvemos complejo, por el simple hecho de que habrán tantas clasificaciones como criterios. Es importante, por lo tanto, buscar la significación práctica.[10]

2.1 Por el carácter del creador o emisor

a) Títulos públicos: si son creados por el Estado o sus entidades.
b) Títulos privados: si son creados por los particulares.

2.2 Por la ley que los rige

a) Títulos nominados o típicos: son los que se encuentran reglamentados en forma expresa en la ley;[11]
b) Títulos innominados: son los que sin estar expresamente reglamentados han sido creados por los usos.

En la legislación guatemalteca, apunta el Dr. Vásquez Martínez,[12] 'podría discutirse la existencia de los títulos innominados, ya que el *Código de comercio* dispone que *sólo producirán los efectos previstos en este artículo 836 del Código, los títulos de crédito que llenen los requisitos propios de cada título en particular y los generales siguientes.* Sin embargo, nos parece que la mencionada disposición se refiere a los títulos nominados o típicos, y que sí es posible que se consagren nuevos títulos que llenen los requisitos gen

8 S. Torres Escamez, 1992: 90
9 F. Vallejo, s.f.
10 E. Vásquez Martínez, 1978:353-356.
11 C. Ahumada, 1957:198, en E. Vásquez Martínez, 1978.
12 E. Vásquez Martínez, 1978:354.

rales que la ley establece. Considero que aunque los títulos creados no tuvieran exactamente los requisitos que la ley establece, serían, de hecho y por derecho, *títulos-valores.* Este es el punto por el cual debí tocar el tema anterior con el objeto de tener fundamento para afirmar lo aquí escrito.

2.3 Por el Derecho incorporado: (Art. 619 del Código de comercio colombiano)

a) Títulos-valores de contenido crediticio (instrumentos negociables): son los que tienen por objeto el pago de una suma determinada de dinero. A mi criterio, es más correcto hablar de pago o cumplimiento de una determinada prestación.
b) Títulos-valores de tradición o representativos de mercancías: son los que atribuyen a su tenedor legítimo el derecho exclusivo de disponer de las mercancías que en ellos se especifiquen.
c) Títulos-valores personales o corporativos o de participación social: son los que incorporan no un derecho de crédito, sino la facultad de atribuir a su tenedor la calidad personal de miembro de una sociedad.[13] Estas, para el Dr. Narváez, 'convierten a su titular en partícipe de un complejo jurídico-económico, como las acciones de las compañías anónimas y los bonos obligatoriamente convertibles en acciones'. Para Felipe Vallejo

'el auge de estos últimos títulos se debe a que permiten la financiación de las sociedades anónimas por su medio propio y natural: el aporte de recursos de inversionistas y ahorradores que adquieren las acciones y bonos que ellas emiten, atraídos por su cotización en el mercado de valores, por el dividendo y por los rendimientos que pagan; en función y como resultado de factores que incluyen la fortaleza patrimonial, las utilidades y la situación del sector de la respectiva industria, atrás va quedando la servidumbre de los onerosos créditos bancarios que por tanto tiempo frenaron el desarrollo empresarial del país'.

Así continúa dicho jurista colombiano explicando:

'cuando un banco presta dinero a una sociedad, lo hace a una tasa de interés fijo, <comercial>, que nada tiene que ver con el éxito de sus negocios. Esta se obliga a pagar al banco el importe recibido al vencimiento del plazo, sea cual fuere el resultado, (bueno o malo, de su gestión empresarial; préstamo que a menudo garantiza con sus activos fijos, que coloca así en riesgo. Algunos empréstitos tienen destinación específica y su empleo con otro fin constituye incumplimiento que permite al prestamista acelerar el pago. De manera distinta, la sociedad adquiere el dinero de los inversionistas y ahorradores que suscriben sus acciones sin la obligación de pagar intereses. Reconoce un dividendo sólo si produce utilidades y en esa medida. Puede emplear los fondos así obtenidos, según el criterio de la administración, pero dentro de los límites del objeto social. Se obliga a devolver ese capital únicamente en el evento de disolución y siempre que haya pagado el pasivo externo y queden activos disponibles. Los bonos convertibles en acciones presentan esta última ventaja. Véase, pues, cómo a las sociedades resulta mejor obtener los recursos del público que de las entidades financieras'.[14]

Es importante entonces comprender que los *títulos-valores* cumplen un rol fundamental para movilizar créditos dinerarios, mercaderías y participaciones en sociedades, que son los tres grupos de bienes sobre los que versan las transacciones comerciales en una economía de mercado; y cuya rápida circulación es posible gracias a su voluntaria incorporación en documentos que se intercambian con extrema facilidad, al amparo de una legislación de carácter especial, divorciada del derecho común, como lo es aquí en Guatemala el decreto 34-96.

Por otro lado encontramos que en materia de regulación taxativa, hay *títulos-valores* que no se encuentran en la ley y que no será fruto de los usos comerciales y financieros, que harán o hacen que existan títulos innominados.

De todo lo apuntado hasta aquí, concluimos que prevalece el concepto de *título-valor* debido a que como bien lo define nuestra *Ley de mercado de valores*

13 *Ibidem*, 355.
14 F. Vallejo, s.f.

y mercancías, el valor contiene a diferentes especies, que no están señaladas por la ley y que resultan del tráfico mercantil.

3 Efectos de la *Ley del mercado de valores y mercancías* sobre los títulos innominados

La presente ley permite en forma amplia el fortalecimiento del mercado de valores, al establecer un marco jurídico que da confianza y seguridad a los oferentes y demandantes de recursos financieros; en especial porque permite que la oferta pública en las bolsas de comercio sean de *valores* (entendidos como aquellos documentos, títulos o certificados, acciones, títulos de crédito típicos o atípicos, que incorporen o represente, según sea el caso, derechos de propiedad, de crédito o de participación...), de *mercancías, de contratos sobres éstas y contratos singulares o uniformes.*

Si uno de los objetivos de la presente ley es dotar al mercado de valores y mercancías de un marco jurídico que propicie la divulgación de las características de los títulos a negociarse en las bolsas de comercio, o fuera de ellas, así como de los elementos de la oferta, demanda y demás operaciones que en este mercado se realizan, facilitar la relación, de manera ágil y eficiente, entre oferentes y demandantes y dar a las negociaciones seguridad y transparencia, entonces podemos decir que un efecto de la presente ley sobre los títulos innominados y que a primera vista se vislumbra, es que se pueden negociar los mismos, por contar ahora con una amplitud jurídica y no restringida como se estipula en el *Código de Comercio* vigente:

> *'Modernizar nuestro sistema financiero implica abrir el mercado a inversiones de diferente origen y denominación si es que queremos armonizar con el nuevo orden económico internacional y por ende aumentar nuestra competitividad como país en el entorno del proceso de globalización económica'.*[15]

El efecto que tendrá realmente esta ley sobre los títulos innominados será que podrán negociarse, como de hecho pasa o pasará al introducirse *títulos-valores* de inversionistas extranjeros que pretendan negociarlos en bolsa, lo cual fortalece el mercado de capitales, convirtiéndose eventualmente, en una fuente de financiamiento, en forma de capital accionario y títulos valores, para los distintos agentes económicos.

De una manera muy general, he respondido al cuestionamiento que titula esta tercera parte: ¿por qué los efectos son más de carácter práctico que teórico?. Es decir, únicamente un mercado de valores más desarrollado puede indicar a posteriori y no a priori qué pasa en la realidad. Con lo explicado en la primera y segunda parte, dejo constancia que el carácter progresista y pragmático de las instituciones anglosajonas, fruto de la experiencia de pueblos que han desarrollado y ejercido el comercio por centurias, con incuestionable liderazgo en los últimos dos siglos así como nuestra incipiente apertura económica, debiera mostrarnos la conveniencia de enriquecer nuestro derecho positivo con esta vertiente jurídica, de seguro más imaginativa que la del Derecho continental europeo en asuntos de comercio. Pareciera que la *Ley de mercado de valores y mercancías* se acerca bastante a esta línea y, por lo tanto, el hablar de títulos innominados pareciera ser una experiencia que no aguarda pasar, aunque más bien ya está con nosotros. No nos hemos dado cuenta que los razonamientos latino-franceses ya no son adecuados en un mundo de economías abiertas y de competencias entre bloques económicos. Hacer este tipo de análisis no lleva más que a elucubraciones de carácter académico y no práctico, pues el derecho mercantil es realista, flexible y dinámico como lo es el ámbito comercial. Por lo tanto, hablar de efectos sobre una clase de títulos que sólo existen en las clasificaciones teóricas desactualizadas no corresponde a una realidad que precede al Derecho y que el jurista debe comprender y no racionalizar, para traducir en una legislación que ayude al desarrollo y no al contrario que lo entorpezca. Tal situación muy bien se ha plasmado en la *Ley del mercado de valores y mercancías*, que es un instrumento moderno y que, en todo el sentido de la palabra, *ley* y no manual de regulación automatizada.

15 Comisión de Valores, 1995.

Conclusiones

o primero y más importante es considerar que la eoría de los *títulos de crédito* debe actualizarse, ebido a que el término más exacto, a mi criterio, es de *título-valor*, porque el análisis económico del erecho mercantil o comercial establece que valor es género, y crédito, una de las especies.

Establecida la premisa anterior, el denominar *títu-s innominados*, entendidos como los que el *Código e comercio* vigente no regula es un error que es perado en forma brillante por la nueva *Ley de mer-ado de valores y mercancías*, que responde a un raso jurídico de más de treinta años.

El pretender establecer efectos de un cuerpo nor-ativo de vanguardia con un concepto arcaico, fruto e una concepción racionalista continental europea ersus la tendencia anglosajona, es casi imposible óricamente, pero prácticamente sería una arrogan-a predecir el futuro en un mercado como el guate-alteco, en donde las variables son inciertas.

El único efecto práctico que puedo apuntar a riori es el que los mal llamados títulos innominados odrán negociarse en bolsa o fuera de ella, debido a nueva ley de dicho mercado vigente.

ibliografía

humada, Cervantes

1957 *Títulos y operaciones de crédito.* 2ª edición. México: Editorial Herrero.

abanellas, Guillermo

1979 *Diccionario enciclopédico de Derecho usual.* Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

ódigo de Comercio

1970 *Código de comercio de Guatemala.* Decreto Legislativo 2-70. Guatemala: Tipografía Nacional.

Comisión de Valores del Banco de Guatemala

1995 *Exposición de motivos de la ley de mercado de valores y mercancías.* Guatemala: Ministerio de Economía.

Exposición de Motivos del Código de Comercio

1995 'Exposición de Motivos del Código de Comercio'. *Revista Facultad de Derecho Guatemala.* U.F.M. N° 6-7-8.

Ferri, Giuseppe

1982 *Títulos de Crédito.* Traducción de Fernando A. Legon. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Gómez Leo, Osvaldo R.

1988 *Instituciones de Derecho Cambiario. Tomo I: Títulos de Crédito.* Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Ley del mercado

1996 *Ley de mercado de valores y mercancías'.* Decreto Número 34-96. *Diario de Centro América*, 23.Guatemala:Tipografía Nacional.

Romeuf, Jean

1956 *Diccionario de ciencias económicas.* Madrid: Editorial Labor, S.A.

Savransky, Jorge

1988 *Elementos del derecho comercial (bancos y entidades financieras. operaciones. Contratos de préstamo. Oferta pública de valores)* Folleto N° 28. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Torres Escamez, Salvador

1992 *La emisión de obligaciones por sociedades anónimas (estudio de la legislación mercantil y del mercado de valores).* Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Uría, Rodrigo

1972 *Derecho Mercantil.* 8ª edición. Madrid.

Vallejo, Felipe

s.f. *Los Títulos-Valores: Pasado y Presente.* Discurso ante la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al recibir como miembro de la misma al Dr. José Ignacio Narváez García.

Vásquez Martínez, Edmundo

1978 *Instituciones del Derecho Mercantil.* Guatemala: Serviprensa Centroamericana.

Yadarola, Mauricio

1961 *Títulos de Crédito.* Buenos Aires: TEA.

ALEJANDRO BARREDA GARCIA[1]

Constitucionalidad o inconstitucionalidad de la pena de muerte por secuestros

Sumario

1 Antecedentes
2 Conflicto de visiones
3 Presión internacional
4 Rechazo nacional
5 Impunes
6 Posibles soluciones
Bibliografía

1 Antecedentes

El problema surge a raíz de una nueva reforma al artículo 201 del *Código Penal*, por lo que el citado artículo queda de la siguiente manera:

> *'A los autores materiales de delito de plagio o secuestro de una o más personas con el propósito de lograr rescate, canje de personas o la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad del secuestrado o con cualquiera otro propósito similar o igual, se les aplicará la pena de muerte... A los cómplices, encubridores o cualesquiera otros participantes en la comisión del plagio o secuestro que hubieren amenazado de muerte al secuestrado se les aplicará la pena de muerte'.*

Al comparar el texto del artículo 201 con la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el llamado *Pacto de San José* (suscrito el 22 de noviembre de 1969), artículo cuarto, inciso segundo; se presenta el problema de una posible inconstitucionalidad, ya que la Convención dice: 'Tampoco se extenderá la aplicación (de la pena de muerte) a delitos a los cuales no se la aplique actualmente'. La Convención fue ratificada por Guatemala en 1978, y como la Constitución, en su artículo 46, dice que los tratados internacionales en materia de derechos humanos *tienen preeminencia sobre el derecho interno* cabe preguntarse si es constitucional o no dicha ampliación.

2 Conflicto de visiones

Existen dos puntos de vista sobre la polémica ampliación. Primero, quienes afirman que es inconstitucional, encabezados por el Licenciado Fernando Linares Beltranena, dicen que en el artículo 201: 'Existen dos supuestos dentro de un mismo artículo'; amparado en el artículo 20 transitorio de la Constitución que dice: 'Los epígrafes que preceden a los artículos de esta Constitución *no tienen validez interpretativa y no pueden ser citados con respecto al contenido y alcance de las normas constitucionales*'. Uno de dichos supuestos es el *secuestro simple*, cuya pena antes de la ampliación era de ocho a quince años de prisión; el otro supuesto es lo que puede ser llamado un *secuestro calificado*, es decir, aquel tipo de secuestro en donde existen circunstancias que tienden a agravar el delito, éste tenía establecida la pena de muerte.

En una entrevista realizada en el mes de febrero del presente año, Linares demuestra que secuestro

1 Estudiante de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín

imple y secuestro calificado *tienen elementos distin-os*; por lo tanto, son dos delitos diferentes dentro de ın mismo artículo y no se puede tomar el epígrafe o ncabezado del mismo como si fuese un solo delito lamado *plagio* o *secuestro*.

La segunda postura se basa en la interpretación lel *Pacto de San José*. Guatemala pide una Opinión Consultiva, es decir, pregunta a la Corte Interamerı-ana sobre Derechos Humanos, cómo debe interpre-ar el artículo cuarto de la Convención. La Corte esponde literalmente lo siguiente: 'Se impide así ualquier expansión en la lista de crímenes castigados on esa pena'. ¿Qué se debe entender por *lista de crí-nenes*? Los partidarios de esta postura señalan que ɔs delitos que tenían establecida la pena de muerte ɔn los siguientes:

) Parricidio, artículo 131 del *Código Penal*;
) Asesinato, artículo 132;
) Violación calificada, artículo 175;
) Secuestro, artículo 201; y
) Magnicidio, artículo 383.

Por lo tanto, la pena de muerte para el secuestro *a estaba establecida*, simplemente se hizo una *mpliación dentro del mismo delito* a diferentes ıpuestos del mismo; es muy diferente ampliar la ena de muerte a otro delito, que ampliarla a varios ıpuestos dentro del mismo delito.

Además, los partidarios de la pena de muerte por ccuestro, abogan por la no petrificación del Dere-ho, la necesidad de enfrentar nuevas situaciones, el ermitir que las normas evolucionen, el no supeditar las futuras generaciones a un tratado, la justicia, ctribución (penar mal con mal), el que se debe gislar en función de las circunstancias que afectan a sociedad, etc. A este respecto, el Dr. Manuel Ayau ice: 'El hombre ha creado el Derecho; por lo tanto, *ı ley esta al servicio del hombre, no el hombre al servi-o de la ley*'.

Linares, partidario de la inconstitucionalidad, res-onde al argumento de la otra parte lo siguiente: 'Si problema es de interpretación, la interpretación ebiese favorecer al reo'. La postura opuesta piensa ue la interpretación, en todo caso, debe favorecer a sociedad.

Sobre este caso *no existen antecedentes*; sin embar-ɔ, la Oficina de Derechos Humanos del Arzobis-ıdo de Guatemala, planteó un Recurso de Inconsti-ıcionalidad Parcial del *Código Penal*, pero, la Corte aún no ha resuelto. Al no existir antecedentes, cualquier opinión sobre el tema puede ser válida.

3 Presión internacional

Entidades internacionales de derechos humanos, como Americas Watch, pidieron al Presidente De León vetar la pena de muerte contra los secuestradores por considerarla inmoral y una acción demagógica de los desprestigiados legisladores y por contravenir obligaciones internacionales de Guatemala.

Por medio de una carta, los miembros de Americas Watch advirtieron que:

> *'De entrar en vigencia dicha ley a través de su sanción y promulgación, las organizaciones signatarias de esta carta iniciaremos las acciones pertinentes para denunciar la gravísima violación del Estado guatemalteco a la Convención Americana, en perjuicio de los derechos humanos'.*

La presión internacional y advertencias como la de Americas Watch, sólo contribuyen a la impunidad y a no castigar severamente a quienes infringen la ley.

4 Rechazo nacional

Los rechazos dentro del territorio nacional también se hicieron sentir. El Grupo de Apoyo Mutuo (GAM) aseveró que se ha demostrado jurídicamente que las medidas represivas no han funcionado, pues con ellas *no se atacan las causas de los delitos, sino sus efectos.*

Monseñor Rodolfo Quezada Toruño también expresó su opinión y dijo: 'Yo siempre he dicho que la pena de muerte no soluciona nada'.

El Secretario General de FENASTEG, refiriéndose a la reforma al artículo 201, dijo que ésta es una ley parcializada que en nada va a solucionar la crisis de *ingobernabilidad* interna, la anarquía y la corrupción existente en la aplicación de las leyes.

5 Impunes

Cabe mencionar que la pena de muerte por secuestro no ha sido aplicada aún. Los secuestradores siguen

impunes y, mientras la polémica sigue, la industria del secuestro se convierte en un negocio muy productivo.

6 Posibles soluciones

Algunos sugieren que la solución más acertada al problema, es el *mecanismo de desadhesión al tratado*, es decir, renunciar, salirnos de la Convención. El procedimiento de desadhesión es bastante sencillo, el artículo 78 del tratado dice:

> *'Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras Partes'.*

Aunque sencillo, pero relativamente largo, el mecanismo de desadhesión es una opción. Esta es una forma de no mantener amarrado nuestro Derecho; sin embargo, muchas personas temen posibles sanciones internacionales para Guatemala por tal hecho.

Linares admite que se podría abrogar la nueva ampliación y regresar a la que se hizo en 1994, que sólo incluía ampliaciones a varios tipos de secuestro calificado. Esta podría ser otra solución al problema.

Como se ha expuesto existe la necesidad de solucionar el problema, el cual merece ser resuelto cuanto antes, cualquiera que sea la postura correcta.

Bibliografía

Código Penal
Código Penal de la República de Guatemala. Guatemala: Tipografía Nacional.

Constitución
Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala: Tipografía Nacional.

Convención
Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Entrevista con el Licenciado Carlos Estrada Arizpe.

Entrevista con el Licenciado Fernando Linares Beltranena

García Bauer, Carlos
1986 *Los Derechos Humanos en América.* Guatemala Tipografía Nacional.

El más urgente de los problemas de nuestra época es la gradual intromisión del Estado en los actos del individuo.

Jorge Luis Borges

LUIS PEDRO ALVAREZ MORALES[1]

La importancia de la objetividad del Derecho para Hans Kelsen

En esta oportunidad nos circunscribiremos a contestar la interrogante de ¿cómo el juez, o autoridad, debe conducirse en vista de una norma que lo obliga a inclinarse a la moral?, desde el punto de vista de la *Teoría Pura del Derecho* propuesta por Hans Kelsen. Para ello tendremos que delimitar primero con claridad qué significa Derecho, su objeto y otros elementos, al igual importantes, que nos ayudarán a dejar claro el porqué de nuestra conclusión.

El Derecho es un fenómeno social, completamente desligado de la naturaleza. El Derecho queda reducido a la norma (en el entendido de norma jurídica en su estructura de proposición: supuesto jurídico condicionante imputado a la consecuencia jurídica por el nexo 'deber ser'). Al determinar el Derecho como norma y a la ciencia jurídica como aquella dedicada al estudio de las normas, queda desvindado el Derecho respecto de la naturaleza. Así llegamos a determinar el objeto de la ciencia jurídica que no es más que la norma; parámetro objetivo de estudio que limita el aprendizaje del Derecho a un análisis independiente de cualquier ciencia de la naturaleza o del espíritu que no tenga por objeto la norma jurídica, independiente de su contenido. El contenido de la norma es algo que no es objeto de estudio del análisis propiamente jurídico. Podrá estudiarse, así como sus motivos y consecuencias, pero no desde la *Teoría Pura del Derecho*; para ésta únicamente importa el análisis estructural de la norma. Si la norma es completa, entonces es objeto de estudio de la ciencia jurídica. Por eso era importante definir exactamente el objeto de estudio, para que en cualquier análisis posterior podamos mantener presente la verdadera razón y finalidad de la ciencia jurídica, de manera que responda a la realidad y no a criterios ambiguos u oscuros que únicamente nos lleven a la confusión.

La norma, entendida mejor como proposición jurídica, es una herramienta formal que permanece aplicable cualquiera sea el contenido que tengan los hechos en ella enlazados. Al Derecho únicamente le interesa ésta en el sentido específico en que la condición jurídica y la consecuencia jurídica se corresponden en la proposición jurídica. De este razonamiento lógico llegamos a determinar la autonomía de la ciencia jurídica y su campo de aplicación.

Es de suma importancia que esclarezcamos bien lo que se nos cuestiona, pues cosas muy distintas son el que *una norma tenga contenido moral* y el que *una norma remita al juez a fallar o aplicar el Derecho según la moral*. Para la primera situación se acepta la exigencia que el Derecho sea moralmente bueno, pero sólo es objeto de estudio científico cuando se considera como norma jurídica, independiente de la moral que lo nutre. Cuando una norma moral sea incluida o ayude a la formación de una norma jurídica, se convierte en jurídica, produciendo todos sus efectos pero en las circunstancias y con las limitaciones ya señaladas. Como vemos, el Derecho no es una categoría absoluta, sino es relativo y su contenido está condicionado a un momento y a un espacio determinado (o indeterminado) por las normas que configuran su ámbito de validez, y será eficaz en la medida que sea positivo. Su eficacia no está condicionada a ningún otro requisito que al establecido en las leyes o Carta Fundamental.

[1] Subdirector de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín

Pero en realidad lo que se nos cuestiona es la segunda situación. Es aquí donde la *Teoría Pura del Derecho* nos ilustra y nos corrige. Una vez limitado el objeto de la ciencia jurídica, se nos facilita mucho más la tarea. Ahora sabemos que el análisis jurídico no nos permite remitirnos a interpretaciones subjetivas u otros elementos exógenos a la ciencia jurídica que impidan aplicar el Derecho con certeza y objetividad. Tenemos, por ejemplo, el caso de la casación civil, eminentemente formalista y técnica, fundamentalmente la esencia del análisis jurídico objetivo, desligada de cualquier criterio subjetivo más allá de la pura subsumisión de la realidad a la norma.

Entonces, la función del juez puede circunscribirse a: comprobar que se ha dado una situación de hecho concreta. Así, su conocimiento se dirige a un ser natural. Luego, su conocimiento se torna jurídico sólo después de poner en relación la situación de hecho verificada con la ley que ha de aplicar, tan pronto como interpreta. Y puede interpretar así *sólo en caso de reconocer, en forma bien específica, que el contenido de esa situación de hecho es contenido de una norma.* Por lo que vemos, para que el juez pueda realizar a cabalidad la función que le corresponde, es imperativo que tenga un parámetro objetivo para aplicar o interpretar el Derecho. Si la ley le manda a conducirse según lo que diga la moral, en realidad no le está diciendo nada. No le dice nada, pues términos como moral, justicia u otros similares de naturaleza trascendental son vagos de contenido. Estos conceptos no son objetivos y habrán tantas acepciones como individuos existan. Esta situación no es admisible para la *Teoría Pura del Derecho* pues no le da un parámetro realmente objetivo al juez para que éste elabore su función interpretativa. En esta circunstancia, no quedaría otro remedio al juez que tratar de encontrar la norma objetiva que más afinidad tenga con la situación que se le presenta y evitar a toda costa la interpretación subjetiva que resultaría inevitablemente en arbitrariedades. Arbitrariedades, de naturaleza tal, que terminarían siendo inatacables, pues con qué elementos de juicio cuenta un tribunal superior para calificar de correcto o de incorrecto un fallo eminentemente subjetivo sino incurriendo en una paradoja similar.

Concluimos entonces que este tipo de situaciones: como cualquier otra que subordine el Derecho positivo a otros conceptos racionalmente inalcanzables no son aceptadas por la *Teoría Pura del Derecho* porque no nos suministran un parámetro objetivo, como lo es la norma, y resulta en interpretaciones subjetivas del Derecho que lo reducen al servicio de cualquier ideología y niegan así su autonomía. En situaciones tan desconcertantes no quedaría otro remedio al juez que aplicar análogamente una norma objetiva en virtud de la plenitud hermética del Derecho, y en congruencia con la máxima de que Derecho vigente es únicamente el positivo emitido según las exigencias formales de la proposición jurídica, la moral -como concepto trascendente, imperativo, subjetivo y vago de contenido racional o empíricamente comprobable- resulta en un equívoco lógico-jurídico al conceptuar como parámetro de la función judicial.

Los eventos memorables de la historia son los efectos visibles de los cambios invisibles en la manera de pensar de la gente.

Gustave Lebón

CAROLINA MARIA DIAB JASSER[1]

¿Cómo el juez o autoridad competente debiera conducirse en vista de una norma que lo remite a una apreciación moral?

Antes de tratar de responder a tal interrogante, creo necesario hacer un análisis sobre la relación entre el Derecho y la Moral, pues en base a lo que de ahí concluya podré llegar a una respuesta más sólida.

A través de la Historia se han dado diversas corrientes en torno a este tema. La mayoría ha tratado de imprimir el carácter de moralidad en las normas jurídicas, a tal punto de llegar a confundir Derecho y Moral. Sin embargo, la teoría de Hans Kelsen manifiesta que a pesar de que ambos, 'el Derecho y la Moral son órdenes positivos, en tanto y en cuanto sus normas han sido creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo', en realidad, son órdenes normativos distintos el uno del otro. La Moral es general, directa, no tiene sanciones normativas y es interior, mientras que, por el contrario, el Derecho debe ser específico, coercitivo, sus sanciones son expresas, y es exterior.

No obstante la diferencia, esto no significa que el Derecho no deba ser moral. La moral, en determinado momento, sí puede influir en la creación de las normas del Derecho, puesto que precisamente, sólo considerándolos como distintos se puede llegar a calificar a las normas del Derecho de buenas o malas. Es decir, que sólo separándolos cabe la emisión de juicios de valor de carácter moral sobre las normas jurídicas.

La norma de Derecho es un medio por el cual se describe el Derecho Positivo, tal como éste ha sido establecido. Pero, ¿qué es lo que realmente debe integrar ese Derecho Positivo? ¿Debe estar integrado por normas que remitan al juez a una apreciación moral?

Según la *Teoría Pura del Derecho*, debe eliminarse (como principio fundamental) de la Ciencia del Derecho, todos los elementos que le son extraños. Se opone al carácter ideológico de la Teoría Tradicional, es decir, que el contenido de las normas del Derecho, debe limitarse al Derecho Positivo y a nada más, pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica, adquiere por tal circunstancia el carácter de norma jurídica, y como tal debe ser cumplida en sentido estricto.

Partiendo de las premisas anteriores, ¿qué debe hacer el juez o autoridad competente en vista de una norma que lo remite a una apreciación moral? Antes que nada, debe cumplirla en su sentido literal, si aún queda una parte a discrecionalidad del juez, lo más acertado es acudir a la jurisprudencia al respecto, si no existiere ésta, entonces estaría ante el caso claro de una decisión arbitraria del juez, basada en su forma particular de pensar, en su propia y particular concepción de la moral.

Por lo anterior, salta a la vista la peligrosidad de tener reguladas normas de este tipo, en la Legislación. En una sociedad la apreciación subjetiva de la moral de cada persona puede ser distinta. Así pues lo que para uno es inmoral, puede que para otro no lo sea. Por lo tanto, dejar decisiones a la total arbitrariedad del juez, no siempre dará como resultado una decisión 'justa'.

Sin embargo, normas así existen en nuestras Leyes, y dejan la puerta abierta a la arbitrariedad. De esta manera, puede darse el caso de que no se cumpla el objetivo de la norma, el cual es, como se

1 Estudiante de Derecho de la Universidad Fancisco Marroquín

explicó anteriormente, servir de medio para describir el Derecho Positivo, es decir, si la norma remite al juez a una apreciación moral, dicho sea de paso, subjetiva, y meta jurídica, desde el momento en que no se está rigiendo exclusivamente por el Derecho, sino por un elemento distinto, aunque no incompatible, como lo es la moral; dicho Derecho Positivo puede llegar a distorsionarse en esa interpretación y no llegar acertada y directamente a la parte específica a quien iba dirigido.

Es así como concluyo, que es mejor que no existan este tipo de normas por todas las razones expuestas, pero si aún así deben existir, el juez a la hora de tomar su decisión debe tener especial cuidado en hacer que se cumpla la norma de acuerdo al objetivo para el cual fue impuesta, según el Derecho Positivo que la creó.

La felicidad no consiste tanto en la abundancia de bienes como en la posibilidad de gozarlos en la paz y seguridad de su posesión.

David Hume

JERY MENDEZ MADDALENO[1]

De la libertad sindical

UNIVERSIDAD FRANCISCO M. MARROQUIN
REVISTAS

'La libertad resulta ser una condición humana fácilmente abandonada a deslices y extralimitaciones'.[2] Cuando la libertad no es bien entendida y es mal utilizada pone en peligro la vida, la paz, el bienestar o la cooperación social. Es por ello que la misma ha sido objeto de regulación por el hombre, a modo de evitar la destrucción de otros valores. De ahí que la libertad sea un concepto limitado.

Es importante recalcar que dicho valor es ante todo un concepto social, porque el hombre sólo es capaz de reconocer el valor de la libertad al vivir con otros hombres. Sólo en la convivencia social el hombre descubre la tolerancia, virtud propia de las personas libres. Lo anteriormente expuesto entra en colisión con lo expresado por autores como Néstor De Buen quien asevera que *'la libertad, como fundamento de un sistema jurídico, ha encontrado su contrario en la idea de lo social'*.[3] A nuestro juicio esta afirmación está equivocada, por las razones arriba establecidas.

De Buen arguye también que el solo hecho de que se hable de libertad en el campo del sindicalismo constituye una aberración, por ser ambos conceptos antagónicos, ya que no concibe que la libertad sindical se predique como derecho del hombre, puesto que el sindicalismo es una estructura colectiva. Tanto De Buen como el laboralista guatemalteco Mario López Larrave declaran el derecho a la sindicalización como un derecho colectivo de clase, junto al que puede admitirse *'un derecho de afiliación sindical individualista'*,[4] supeditado siempre al interés colectivo. Aunque se estipule en la ley[5] como un derecho individual el asociarse, la naturaleza del sindicato, su origen, su desarrollo histórico y los fines que se propone dentro del contexto de la lucha de clases conducen a determinar que el sindicalismo sólo puede entenderse como derecho colectivo.

Con miras a demostrar nuestro desacuerdo con la postura antes relacionada, partiremos del hecho que para poder descubrir el sentido social de la libertad es necesario concebirla como una idea integral e indivisible. En efecto, es género mas no especie, de manera que ni una clase de libertad ni otra son la clave de la libertad; es decir, o se dan simultáneamente o solamente se convierte en un concepto vacío. Lo anterior nos lleva a aseverar que la libertad sindical así como las demás libertades son manifestaciones de una libertad universal. La libertad, en efecto, únicamente tiene sentido en la medida en que todos gozamos de ella en un plano de igualdad.

El derecho de la libertad no significa tener poder para quitar a otros, sino tener la facultad de elegir lo que mejor nos convenga.

La afirmación fundamental social es la libre asociación de los hombres, cuando la acción conjunta constituye una mejor opción que la acción individual para la consecución de ciertos fines. Una de esas opciones son los sindicatos. En efecto, las

1 Directora de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín
2 F. Pérez de Antón, 1991:23
3 N. De Buen, 1994-II:605
4 M. López Larrave, 1983:32
5 N. De Buen, 1994-II:611

relaciones de trabajo no se limitan a dar y a recibir lo establecido en el contrato de trabajo. Dicho contrato no es como los otros, ya que en el mismo varias personas se asocian para cooperar hacia un bien común, y esto implica relaciones humanas, trato personal y solidaridad. Desde esta perspectiva y conforme a las circunstancias, los empleadores tienen deberes de caridad con las personas que están a su cargo: han de procurar su bienestar humano y familiar, así como el fomento de su formación profesional y moral.

Los empleados, junto con su personal beneficio, deben procurar el bien de la empresa en que trabajan y el de las personas con quienes colaboran. Es pues lícito que los trabajadores se agrupen en sindicatos con el objeto de mejorar su formación técnica, defender sus derechos, sugerir mejoras, etc. No obstante, es una deformación que los mismos, inspirándose en concepciones sociales opuestas a la ley natural, estén centradas en la idea de clase, ya que esto favorece una concepción polémica de las relaciones laborales, en la que se da una lucha entre la clase patronal y la clase de los trabajadores. Estas agrupaciones deben dirigirse más bien al interés común y búsqueda de la *prosperidad real* de los trabajadores, en orden al bien común. La asociación de los empleados es un derecho exigible y necesario, siempre que actúe dentro de los márgenes arriba mencionados. No debe, pues, impedírseles a los trabajadores ese derecho a asociarse. Esto es libertad sindical positiva.

Sin embargo, ningún grupo tiene la facultad de violentar los derechos de los demás. En consecuencia, las llamadas cláusula de exclusión y la de contratación exclusiva son objetables, puesto que atentan no sólo contra el derecho del empresario de contratar a quien mejor se ajuste al puesto de trabajo, sino también retira el derecho de trabajar a aquella persona que libremente eligió no pertenecer a una organización sindical, porque eso es lo que para esa persona mejor conviene a sus intereses. Esto es libertad sindical negativa, en cuanto nadie puede ser obligado a pertenecer a una agrupación sindical. Cabe hacer notar que ese tipo de estipulaciones no gozan de una aceptación unánime por el movimiento obrero. Mario de la Cueva, politógo mexicano, considera esas cláusulas como atentatorias contra la libertad sindical negativa, y estima que es falso en cuanto a la cláusula de exclusión por separación, que tenga por objeto evitar el desmembramiento de grupo a consecuencia de maniobras patronales. Señala también que utilizar el pacto colectivo para resolver los problemas internos del sindicato es desnaturalizar su esencia. De la Cueva afirma además que el derecho disciplinario de los sindicatos no puede producir consecuencias externas, porque esto equivaldría a elevar dicho poder disciplinario a la categoría de derecho penal público. Baltasar Cavazos Flores se inclina también por este pensamiento declarando que los sindicatos no pueden erigirse en tribunales para determinar la gravedad de las faltas en que incurren sus asociados y, menos aún, para limitar el derecho a la libertad de trabajo, ya que no pueden tener al mismo tiempo el carácter de juez y de parte.

Es preciso hacer mención del fundamento de estas cláusulas, manifestado por la corriente que considera el derecho en cuestión como un derecho de clase. Jesús Castorena arguye al respecto lo siguiente:

> *'mientras perdure la concepción individualista de la asociación profesional como entidad jurídica creada por un acto jurídico, la cláusula es válida, basta el reconocimiento de la asociación, con los fines que la Ley le asigna, para que por ello debamos considerar por admitida por el derecho la realidad de la relación colectiva, y si ésta existe, es la cláusula de exclusión la que le presta apoyo y fortaleza'.*[6]

Humberto Ricord considera que la libertad individual es una *'ficción y dogma del Estado burgués'* que en el derecho de trabajo la misma ha sido reducida a su mínima expresión, ya que en ese Derecho importa la decisión de las mayorías. En opinión de Ricord, el fortalecimiento del sindicato exige también el monopolio de la mano de obra, de manera que esas organizaciones reciban el apoyo, concurso y la adhesión de la clase trabajadora; en ese camino, ese tipo de cláusulas constituyen recursos efectivos. A juicio de Kicard, la cláusula de exclusión obliga al empleado a formar parte del sindicato y a mantener la disciplina sindical, colocándolo ante la imposibilidad de lograr empleo o bien la pérdida del mismo si quisiera actuar fuera o en contraposición de los intereses del grupo sindical. Finalmente, concluye que es preferible que el trabajador esté atado a una dis-

6 *Idem,* 618

ara sindical, a que se encuentre bajo la explotación patronal, ya que en el primer caso se da su reivindicación económica y social, mientras que en el segundo no tiene horizontes de una redención positiva.

De Buen se inclina por esta corriente de pensamiento. Afirma que la naturaleza social del derecho de sindicalización implica que, en el conflicto entre el hombre y el grupo, necesariamente se impondrá el interés del grupo. No obstante, considera que la cláusula de exclusión por separación supone un riesgo por el mal uso que puede hacerse de ella. Plantea también que la fuerza de los sindicatos no debe basarse en el terror, sino en los resultados positivos de un esfuerzo constante en la consecución de mejores condiciones de trabajo y de vida para sus miembros, a fin de lograr la afiliación de los trabajadores y su permanente adhesión.

En este orden de ideas, López Larrave plantea un tipo de sindicalización indirecta, haciendo ver que las cláusulas de admisión y de exclusión por separación, son manifestaciones de la misma porque presionan en forma indirecta a los trabajadores hacia la sindicalización. Por otro lado, el mismo autor comenta que disposiciones que obligan a tributar a los trabajadores no sindicalizados que se beneficien con los pactos colectivos 'son fórmulas que además de su justicia intrínseca inducen a la sindicalización'. Dicho laborista propone un tipo de sindicalización obligatoria temporal que, a nuestro juicio, es de tinte ecléctico. Propone una fórmula que 'tiende a robustecer' la libertad sindical colectiva. Esta consiste en establecer que, cuando en una empresa se funde una organización sindical, cualquiera que sea el número o porcentaje de sus promotores, en relación con el número total de trabajadores, el resto de los empleados y los que ingresen dentro del período en que el primer comité ejecutivo ejercite su mandato, se tendrán por incorporados en forma automática a la asociación profesional por ese período; vencido el cual podrá ejercitarse indiscriminadamente la libertad sindical negativa, ya sea para renunciar o separarse del sindicato. López Larrave señala que con esta fórmula se garantizaría el nacimiento de un sindicato robusto y que, por ser obligatoria la agrupación temporalmente, equivaldría a una medida cautelar compatible con la libertad sindical colectiva e individual que operaría plenamente al concluir el período del primer comité ejecutivo del sindicato constituido.

Expuestas las corrientes laboristas más representativas que consideran la libertad sindical como un derecho de clase, y planteado nuestro criterio al respecto, como conclusión podemos afirmar que la libertad sindical es un derecho individual, manifestación de la libertad de asociación. No podemos sujetar dicho Derecho a la voluntad de un grupo de trabajadores, en detrimento de los derechos del empresario, como del empleado '*no alineado*'. El Estado de Derecho y de democracia debe manifestarse en todos los ámbitos y no ceder a dictadura de cualquier clase, en miras de la plena armonía en la connivencia, haciendo a un lado la retrógrada idea de la lucha de clases, en orden a la de *bien común*. Corono este pensamiento con la famosa frase del mexicano Benito Juárez: *el respeto al derecho ajeno es la paz.*

Bibliografía

De Buen, Néstor
1994 *Derecho del trabajo.* Tomo II México. Porrúa

López Larrave, Marcio
1983 *Manual de derecho laboral.* Guatemala.

Pérez de Antón, Francisco
1991 *Etica de la libertad.* San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Rodríguez Luño, Angel
1986 *Etica.* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

Quienes olvidan la historia
están condenados a repetirla

Jorge Santayana

Sección legislativa

ORGANISMO LEGISLATIVO. CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

Decreto Número 34-96: Ley del Mercado de Valores y Mercancías

El Congreso de la República de Guatemala,

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el Artículo 119 de la Constitución Política de la República de Guatemala, son obligaciones fundamentales del Estado, entre otras, las de promover el desarrollo económico de la Nación, proteger la formación del capital, el ahorro y la inversión y crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros;

CONSIDERANDO:

Que para elevar la competitividad y mejorar la funcionalidad del sistema financiero dentro del marco de la economía nacional, se hace necesario estimular el aumento en las operaciones bursátiles;

CONSIDERANDO:

Que los lineamientos del proceso de modernización financiera aprobados por la Junta Monetaria mediante resolución JM-647-93 del 22 de septiembre de 1993 incluye la implantación de un marco legal que fortalezca el Mercado de Valores,

CONSIDERANDO:

Que las instituciones que operan en el Mercado de Valores requieren de normas y requisitos que colaboren con la transparencia y desarrollo del mismo. Y que dichas normas deben regir para todos los actores de dicho mercado;

CONSIDERANDO:

Que el mercado de valores y mercancías debidamente organizado y regulado estimula, mediante mecanismos eficientes y modernos, tanto el incremento del ahorro nacional, como la captación de recursos para el financiamiento del desarrollo económico de la Nación, por medio de valores cuya negociación se facilita al dotarlos de seguridad y confianza;

CONSIDERANDO:

Que la oferta pública de valores y mercancías por intermedio de las bolsas de comercio autorizadas, contribuirá de manera decidida al fortalecimiento del mercado de capitales con el correlativo beneficio de la consolidación de la estabilidad económica y social del país;

CONSIDERANDO:

Que el Organismo ejecutivo ha presentado un proyecto de Ley del Mercado de Valores y Mercancías, el cual es congruente con las necesidades del desarrollo económico y social del país y con las tendencias modernas sobre la materia,

POR TANTO,

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 inciso a), de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

La siguiente

LEY DEL MERCADO DE VALORES Y MERCANCIAS

TITULO I
DE LAS DISPOSICIONES GENERALES
CAPITULO UNICO

Artículo 1. Objeto.- La presente ley establece normas para el desarrollo transparente, eficiente y diná-

mico del mercado de valores. En particular, establece el marco jurídico.

a) Del mercado de valores, bursátil y extrabursátil;
b) De la oferta pública en bolsas de comercio de valores, de mercancías, de contratos sobre éstas y contratos, singulares o uniformes;
c) De las personas que en tales mercados actúan;
d) De la calificación de valores y de las empresas dedicadas a esta actividad.

Artículo 2. Valores, mercancías, contratos y calificación de riesgo.

a) Valores. Se entiende por valores todos aquellos documentos, títulos o certificados, acciones, títulos de crédito típicos o atípicos, que incorporen o representen, según sea el caso, derechos de propiedad, de crédito o de participación. Los valores podrán crearse o emitirse y negociarse mediante anotaciones en cuenta;
b) Mercancías. Son mercancías todos aquellos bienes que no estén excluidos del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley;
c) Contratos. A los efectos de esta ley, se entiende por contrato todo negocio jurídico de características uniformes por cuya virtud se crean, modifican, extinguen o transmiten obligaciones dentro del mercado bursátil;
d) Calificación de Riesgo: es una opinión emitida por una entidad calificadora de riesgo, en cuanto a la situación financiera de un emisor, todo ello con arreglo a las prescripciones técnicas reconocidas a nivel internacional. Las calificadoras de riesgo se inscribirán en el registro del Mercado de Valores y Mercancías, cumpliendo con los mismos requisitos aplicables a los agentes de valores.

Artículo 3. Oferta pública.- La oferta pública, a los efectos de esta ley, es la invitación que el emisor hace abiertamente al público, por sí o por intermedio de tercero, mediante una bolsa de comercio o cualquier medio de comunicación masiva o difusión social, para la negociación de valores, mercancías o contratos. La utilización de los medios antes relacionados no implica la existencia de una oferta pública, si la invitación se dirige exclusivamente a quienes ya son socios o accionistas de la emisora y las acciones por ésta emitidas no estuvieren inscritas para oferta pública.

Los actos y negocios jurídicos cuyo contenido sea el resultado de ofertas privadas de valores, mercancías o contratos, inscritos o no para oferta pública, quedan excluidos de la presente ley.

La oferta de valores del Estado, de las entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, del Banco de Guatemala, de las municipalidades y de las instituciones fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos, se regirá por sus propias leyes.

Artículo 4. Inscripción. Sólo podrá hacerse oferta pública de valores que hayan sido previamente inscritos conforme a lo establecido en la presente ley.

Artículo 5. Denominaciones. Solamente las personas autorizadas de conformidad con la presente ley podrán usar en su denominación o razón social, marca, nombre comercial, señal de propaganda o título, las expresiones "bolsa de comercio", "bolsa de valores", "bolsa de mercancías", "bolsa de productos", "agente de bolsa", "casa de bolsa", "agente de valores", "corredor de bolsa", "sociedad de inversión", u otras denominaciones derivadas de o relacionadas con dichas expresiones, que califiquen su actividad como "de bolsa" o "bursátil" y cualquier otro nombre reservado a las personas a que se refiere esta ley.

Artículo 6. Bolsas de comercio. Las bolsas de comercio son instituciones de derecho mercantil que tienen por objeto la prestación de servicios para facilitar las operaciones bursátiles.

Artículo 7. Agentes. Los agentes son personas jurídicas que se dedican a la intermediación con valores mercancías o contratos conformes a las disposiciones de esta ley, aquellos que actúan en bolsa se denominan "agentes de bolsa" o "casas de bolsa" y quienes lo hagan fuera de bolsa con valores inscritos para oferta pública, "agentes de valores".

TITULO II
DEL REGISTRO DEL MERCADO DE VALORES Y MERCANCIAS
CAPITULO UNICO

Artículo 8. Naturaleza. Se crea el Registro del Mercado de Valores y Mercancías, en adelante denominado el Registro, como un órgano del Ministerio de Economía, con carácter estrictamente técnico cuyo objeto es el control de la juridicidad y registro de los actos que realicen y contratos que celebren las personas que intervienen en los mercados a que se refiere esta ley.

El Registro gozará de plena autonomía técnica y fncional.

Artículo 9. Nombramiento del Registrador. El Rgistro estará a cargo de un Registrador nombrado pr el Presidente de la República, para un período de s:s años, electo de entre una terna propuesta por la Jnta Monetaria. La resolución correspondiente dperá ser tomada mediante el voto favorable de la ntad más dos del total de los miembros de la Junta Mnetaria.

Artículo 10. Calidades del Registrador. El Regisudor deberá ser profesional universitario de reconcida honorabilidad, experiencia, notoria pparación y competencia en materias jurídico-econmicas.

Artículo 11. Incapacidades. No podrán asumir el cgo de Registrador:

a) Los menores de treinta años de edad.
b) Los dirigentes de organizaciones de carácter político.
c) Los administradores, gerentes y representantes legales de bancos, sociedades financieras privadas, bolsas de comercio, sociedades de inversión, emisores y agentes.
d) Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente y Vicepresidente de la República y de los miembros de la Junta Monetaria.
e) Los insolventes o quebrados, mientras no hubieren sido rehabilitados.
f) Los que hubieren sido condenados por delitos que impliquen falta de probidad.
g) Quienes por cualquier razón sean legalmente incapaces para desempeñar dichas funciones.

Artículo 12. Remoción del registrador. El registrdr sólo podrá ser removido por acuerdo del presidnte de la República, tomado en Consejo de Mnistros y fundamentado en las causales siguientes:

a) Cuando sobreviniere alguna de las causales de incapacidad a que se refieren los incisos b), c), e) y f) del artículo once de esta ley.
b) Cuando fuere responsable de actos u operaciones ilegales.
c) Por sentencia condenatoria firme dictada en juicio penal. En caso de auto de prisión, mientras no fuere revocado, quedará inhabilitado para el ejercicio del cargo y lo sustituirá el subregistrador.

Las causales de remoción podrán ser puestas en conocimiento del presidente de la República por el Ministerio Público, a efecto de que proceda de conformidad con la ley.

Artículo 13. Del subregistrador. El registro contará con un subregistrador, quien será nombrado por el Presidente de la República, a propuesta del registrador. El subregistrador deberá reunir las mismas calidades que se le exigen al registrador para ocupar el cargo y podrá ser removido sin expresión de causa mediante acuerdo gubernativo.

En caso de ausencia o impedimento temporales del registrador, será sustituido por el subregistrador. En caso de ausencia o impedimento definitivos o muerte del registrador, será sustituido temporalmente por el subregistrador, mientras se nombre el nuevo registrador.

Artículo 14. Organización y reglamentación. El registro someterá a consideración de la Presidencia de la República, por conducto del Ministerio de Economía, para su aprobación, los proyectos de reglamentos sobre su organización administrativa y funcionamiento.

Artículo 15. Actuaciones del registro e impugnación de resoluciones. Las actuaciones administrativas del registro se regirán supletoriamente por lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley del Organismo Judicial, sus resoluciones que no fueren de trámite deberán ir firmadas por el registrador o quien legalmente lo sustituya.

Contra las resoluciones del registro podrá interponerse el recurso administrativo de revocatoria, del cual conocerá y resolverá el Ministerio de Economía y se tramitará de conformidad con lo que sobre el particular dispone la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Contra la resolución que se dicte cabrá el recurso contencioso-administrativo y en contra de lo que en este se resuelva, el de casación.

Artículo 16. Atribuciones. Al registro corresponde, dentro del ámbito de su competencia, cumplir y hacer que se cumplan las disposiciones establecidas en esta ley y en disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general. Sus atribuciones, sin perjuicio de otras establecidas en esta ley, son las siguientes:

a) Someter por conducto del Ministerio de Economía a la aprobación del presidente de la República los proyectos de reglamentos que

deban dictarse por disposición de esta ley, o las reformas que sean del caso.

b) Nombrar y remover a los funcionarios, asesores internos o externos y empleados que integren el personal del registro, sin perjuicio de lo que se establece en la presente ley para el nombramiento del subregistrador.

c) Elaborar y remitir a donde corresponda su presupuesto de funcionamiento.

d) Someter por conducto del Ministerio de Economía a la aprobación del Presidente de la República los proyectos de aranceles que deba aplicar en sus operaciones, observando el procedimiento establecido en el inciso a) de este artículo. En todo caso, el arancel nunca será mayor del cero punto cero cero uno por ciento (0.001%), calculado sobre el valor nominal de la emisión de valores.

e) Inscribir a las bolsas de comercio.

f) Tomar razón, compilar y ordenar la publicación en el diario oficial, a costa de los interesados, de las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general emitidas por las bolsas de comercio para la negociación de valores, mercancías o contratos en el mercado bursátil.

g) Inscribir las ofertas públicas de valores.

h) Tomar razón de las ofertas públicas de valores efectuadas por el Estado, el Banco de Guatemala, las municipalidades y demás entidades descentralizadas o autónomas así como de las efectuadas por instituciones fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos, con base en la información que tales entes le proporcionen al registro.

i) Inscribir a los agentes regulados por esta ley.

j) Dictar de oficio, o a solicitud de parte, en forma razonada y con el fundamento legal que corresponda, las resoluciones que sean necesarias para que las bolsas de comercio, los agentes, los emisores de valores y los oferentes de mercancías o contratos en el mercado bursátil, ajusten sus actuaciones a las disposiciones de la presente ley y a las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general correspondientes.

k) Determinar la juridicidad de los actos y contratos que se sometan a su consideración, de acuerdo a las disposiciones de la presente ley y de acuerdo a las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general dictadas d conformidad con la misma.

l) Suspender o cancelar, previo los trámites qu establece la presente ley, la inscripción registr de las bolsas de comercio y de los agentes.

m) Suspender o cancelar, previo los trámites qu establece la presente ley, la inscripción registr de ofertas públicas de valores, así como de l mercancías y contratos negociados en el me cado bursátil.

n) Remitir, para su publicación en el diario oficia así como en cualquier otro medio de difusió social, lo relativo a la inscripción, suspensió modificación o cancelación de los actos, perso nas o contratos, cuando a criterio del registr dicha publicación tienda a salvaguardar los int reses del público.

o) Aplicar las sanciones que corresponda de co formidad con la presente ley.

p) Solicitar al Ministerio Público la investigaci de actos u omisiones que infringieren esta l que en opinión del registro, pudieren ser con titutivos de delito o falta.

Artículo 17. Principio de publicidad. Los actos documentos del registro son públicos y podrán co sultarse sin más restricciones que las que impong el orden y el adecuado funcionamiento de la mism

La inscripción en el registro, de las personas, acto documentos, producen efectos frente a terceros a p tir de la fecha de su inscripción y las certificaciones dichas inscripciones producen fe y hacen plena prue .

Los documentos que, conforme la ley, deban inscritos en los registros públicos correspondiente no cumplan con tal requisito, salvo las excepcio s previstas en la presente ley, no serán admitidos po l registro.

TITULO III
DE LAS BOLSAS DE COMERCIO
CAPITULO I
DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 18. Actividades. Las bolsas de come o podrán realizar las actividades siguientes:

a) Adecuar locales e instalaciones y establ r mecanismos que faciliten las relaciones y op ciones entre oferentes y demandantes de v res, mercancías o contratos y la realizaciór le cualquier negocio de naturaleza bursátil.

b) Inscribir las ofertas públicas de valores que hubieren sido registradas en el registro y cumplan con los requisitos de las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general de las bolsas de comercio en que habrá de realizar la oferta pública.

c) Proporcionar y mantener a disposición del público, información sobre las emisiones de valores y la negociación de mercancías y contratos que hayan inscrito o autorizado, así como sobre los emisores de valores y sobre otras operaciones que en ellas se realicen, inclusive, en su caso, sobre la calificación de riesgo obtenida por un emisor o por una emisión de valores en algunas de las empresas calificadoras de riesgo, inscritas para operar en el país.

d) Poner a disposición del público, publicaciones periódicas sobre los asuntos indicados en el inciso anterior.

e) Velar porque las actuaciones de sus agentes y emisores se ajusten a sus disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general.

f) Expedir, a solicitud de parte interesada y conforme sus disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general, certificaciones de las cotizaciones de valores o de las negociaciones de mercancías o contratos en ellas realizadas.

g) Proporcionar por sí, o a través de terceros, servicios de depósito de valores conforme a la presente ley.

h) Pedir a juez competente de Primera Instancia del Ramo Civil, en la vía incidental, la intervención de sociedades emisoras y agentes de bolsa, o casas de bolsa, que hubiesen transgredido disposiciones legales, disposiciones normativas o reglamentarias de carácter general, de la bolsa de comercio respectiva, cuando a su juicio amerite dicha medida. La intervención surtirá los efectos previstos en el Artículo 661 del Código de Comercio de Guatemala y a partir de la fecha de la notificación de la resolución que decrete dicha medida; la enajenación de aquellos activos que no constituyen el giro ordinario de la empresa sólo podrá efectuarse con autorización judicial. La intervención podrá decretarse sin audiencia previa a la parte afectada, en vista de circunstancias graves que lo justifiquen, a juicio del juez.

i) Realizar cualesquiera otros actos y contratos necesarios para el desarrollo de la actividad bursátil, que no les estuvieren vedados por la ley.

Artículo 19. Requisitos de inscripción para realizar oferta pública. Para que las bolsas de comercio inscriban una oferta pública de valores, salvo cuando se trate de ofertas de entidades públicas, se requerirá lo siguiente:

a) Que los emisores soliciten la inscripción.

b) Que los valores estén inscritos en el registro.

c) Que se cumpla con los requisitos que establezcan las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general de la bolsa de comercio respectiva.

d) Que se acompañe, si existiere, la calificación de riesgo y autorización a la bolsa para que la divulguen, inclusive sus actualizaciones.

La inscripción de valores para su negociación en bolsas de comercio no implica garantía alguna sobre la liquidez y solvencia del emisor.

Artículo 20. Título ejecutivo. Las certificaciones expedidas por las bolsas de comercio, cuando se refieran a obligaciones exigibles, dinerarias o no dinerarias, derivadas de operaciones en ellas realizadas, tendrán calidad de título ejecutivo.

Artículo 21. Providencias cautelares. El registro podrá solicitar, por la vía de los incidentes, a un juez competente de Primera Instancia del Ramo Civil, providencias cautelares en contra de las bolsas de comercio y de los agentes, en los casos siguientes:

a) Cuando infrinjan gravemente disposiciones normativas o reglamentarias de carácter general, que puedan implicar daño a terceras personas.

b) Cuando proporcionen al registro o al público en general, mediando dolo, documentos o información que adolezcan de falsedad o inexactitud.

c) Cuando ejecuten actos dolosos tendientes a manipular los precios de los valores u otros instrumentos que en las bolsas de comercio se coticen, sin perjuicio de las responsabilidades legales de quienes hayan ejecutado tales actos.

Las providencias cautelares decretadas en contra de una bolsa de comercio, o de un agente, se mantendrán vigentes únicamente por el tiempo durante el cual subsistan las causas por la que se acordaron. En caso de que la providencia cautelar decretada

fuere la de intervención, el cargo de interventor deberá recaer en persona idónea, cuyas funciones se regirán por lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Mercantil, tendrá por objeto fundamental asegurar los intereses del público y sólo en vista de circunstancias graves que los justifiquen, a juicio del juez, podrá decretarse sin audiencia previa.

CAPITULO II
DE LA AUTORIZACION DE BOLSAS DE COMERCIO

Artículo 22. Trámite. Las personas interesadas en obtener la autorización correspondiente para operar una bolsa de comercio, deberán dirigir su solicitud al registro, cumpliendo con los requisitos.
dirigir su solicitud al registro, cumpliendo con los requisitos siguientes:

a) Acompañar el proyecto de escritura constitutiva de sociedad o de sus estatutos, si fuere el caso, con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio de Guatemala. Dicho proyecto deberá estipular que cada accionista puede ser titular únicamente de una acción.
b) Indicar el monto y la forma en que se aportará el capital pagado inicial de la sociedad a constituirse, así como la manera en que se efectuará la capitalización que se proyecta llevar a cabo dentro de los próximos cinco años, contados a partir de la inscripción definitiva en el Registro Mercantil.
c) acompañar el proyecto de reglamento interno que regule cuando menos los aspectos siguientes:
   1) La admisión, suspensión y exclusión de sus miembros o de sus administradores, funcionarios o empleados.
   2) Los derechos y obligaciones de sus miembros.
   3) Lo relativo a la inscripción de oferta pública de valores, la suspensión y cancelación de la inscripción.
   4) Las normas generales sobre la celebración, cotización y negociación de contratos uniformes.
   5) Las normas correspondientes a la negociación de mercancías, si fuere el caso.
   6) Los derechos y obligaciones de los emisores de valores, en relación a la bolsa de comercio respectiva.
   7) La forma en que deberán efectuarse y registrarse las operaciones bursátiles.
   8) Los efectos derivados de la suspensión de la inscripción de cualquiera de sus miembros como agente de bolsa o casa de bolsa.
   9) La estructura administrativa y funcional de la bolsa de comercio respectiva.
   10) Lo relativo a los mecanismos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los miembros de la bolsa de comercio frente a esta última o los demás miembros.
   11) Lo relativo a las prácticas prohibidas, a las infracciones, a las sanciones y los procedimientos para su aplicación.
   12) Las normas mínimas tendientes a evitar actividades que desvirtúen o distorsionen en determinado momento, la correcta realización de las operaciones bursátiles y el buen funcionamiento del mercado bursátil. Las bolsas de comercio deberán remitir al registro, para su conocimiento, las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general aplicables a sus operaciones.
d) Indicar los nombres, datos de identificación personal, así como la experiencia en las materias financiera y bursátil, de los promotores y de los futuros administradores y gerentes de la entidad.

El registro, dentro de los quince días siguientes a su recepción, deberá calificar si la solicitud y los documentos e información proporcionados llenan los requisitos exigidos por esta ley. En caso contrario, deberá indicar, dentro del mismo plazo, la totalidad de los requisitos que se hubieren omitido o no se hubiesen satisfecho adecuadamente. El solicitante dentro de un plazo de quince días siguientes a la fecha en que hubiere sido notificado, deberá cumplir con presentar la documentación e información que conforme a esta ley corresponda.

Artículo 23. Autorización. El registro, una vez el interesado haya cumplido con los requisitos que exige esta ley, dentro de los quince días siguientes, deberá dictar la resolución que autorice la constitución de la bolsa de comercio de que se trate y apruebe el proyecto de la escritura social correspondiente, a efecto de que se continúe con el trámite legal respectivo.

Artículo 24. Reglamentación. Las bolsas de comerio autorizadas para operar como tales, gozan del crecho de reglamentar lo relativo a sus operaciones, ncionamiento y organización administrativa interna. l reglamento interno de las bolsas de comercio berá ser aprobado por la asamblea de accionistas de l entidad, publicarse por lo menos una vez en el diao oficial y en uno de mayor circulación, y copia téntica de su texto deberá remitirse al registro.

TITULO IV
DE LA OFERTA PUBLICA
CAPITULO UNICO

Artículo 25. Objetivo de las disposiciones reglamenrias sobre oferta pública. Las disposiciones reglarentarias que sobre oferta publica, en los mercados bursátil y extrabursátil, emitan las bolsas de comercio yel registro, respectivamente, deberán tener como ojetivo el dotar a los participantes en los mercados c razonable seguridad en el cumplimiento de las eraciones que se realicen, así como garantizar al blico inversionista condiciones suficientes de nsparencia, honorabilidad y seguridad.

Artículo 26. Principio general. Las ofertas públicas c valores no quedan sujetas a autorización administiva previa, salvo su inscripción en el registro. La iscripción de las mismas no implica asunción de respnsabilidad de ninguna especie por parte del registo en relación a los derechos que los valores icorporan ni sobre la liquidez o solvencia del emisr, sino simplemente significa la calificación de que l información contenida en la oferta satisface los rquisitos que exige esta ley.

Artículo 27. Responsables de oferta pública. Unicarente los emisores por sí o por intermedio de agents inscritos, podrán realizar oferta pública de vlores, siempre que hayan sido previamente inscrits en el registro y su inscripción se encuentre vgente. La oferta pública deberá ajustarse a las dispsiciones de esta ley y sus reglamentos.

Las personas que deseen realizar oferta pública de rercancías o contratos, en el mercado bursátil, berán cumplir los requisitos previstos en esta ley, a como las disposiciones reglamentarias y normatis de carácter general de las bolsas de comercio en onde se realice la oferta.

Como consecuencia de la inscripción para realizar erta pública, podrá negociarse opciones y promesas respecto de los valores, mercancías o contratos de que se trate, así como cualquier otro acto o negocio propio del mercado respectivo.

Artículo 28. Determinación de la naturaleza de una oferta. El registro, a petición de persona interesada o de oficio, determinará, conforme a la ley y mediante resolución motivada, si una oferta es o no pública.

Artículo 29. Información. Toda oferta pública de valores, bursátil o extrabursátil, deberá contener información veraz sobre los valores objeto de la misma y la situación financiera del emisor. En aquellos casos en que, por disposición de un emisor, se haya emitido una calificación de riesgo sobre su situación financiera, la bolsa en que se realice la emisión tendrá la obligación de divulgar dicha calificación y sus actualizaciones.

Las sociedades mercantiles emisoras de valores que a los efectos de esta ley ejerzan o deban considerarse sujetas a control directo, indirecto o efectivo, de otra u otras sociedades, quedan obligadas, sin perjuicio de la observancia de lo establecido en el párrafo anterior, a poner en conocimiento del registro y del público tal circunstancia, así como los extremos siguientes:

a) La integración e identidad del órgano de administración, la gerencia general y mandatarios de las sociedades, controladora y controlada.
b) Si los recursos a obtenerse mediante le negociación de los valores se destinarán exclusivamente para la financiación de actividades de la sociedad emisora, o bien, si por el contrario serán empleados parcial o totalmente para financiar directamente actividades de otra u otras sociedades o personas.
c) Si la sociedad emisora fuese una sociedad controlada deberá indicarse si la sociedad controladora responderá por las obligaciones de la sociedad controlada o no, y en caso afirmativo, exactamente en qué forma y bajo qué condiciones.
d) Si la sociedad emisora fuese una sociedad controladora, deberá indicarse si una o más sociedades controladas responderán por sus obligaciones o no, y en caso afirmativo, señalar exactamente en qué forma y bajo qué condiciones.

La sociedad que ejerce el control se denomina controladora y la que lo soporta se denomina con-

trolada. Existe control directo cuando una sociedad es titular de la mitad más una o más de las acciones emitidas y con derecho a voto por otra sociedad; existe control indirecto, cuando dicha proporción se adquiere por conducto de otras sociedades que, a su vez, son controladas por otra, y existe control efectivo, cuando una sociedad ejerce por derecho propio facultades de decisión sustancial, en relación a la sociedad controlada.

Artículo 30. Requisitos para oferta pública. Cuando se trate de oferta pública bursátil, el registro efectuara la inscripción con base en copia autenticada de la resolución de la bolsa de comercio correspondiente, en la que conste que la emisión ha sido aprobada para su inscripción y demás efectos. Además deberá presentar al registro fotocopia autenticada de la totalidad del expediente de la oferta que se pretende realizar, debidamente foliado. Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que el Registro pueda verificar, cuando lo estime conveniente, si se cumple con las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general de la bolsa de comercio en la que se proyecta realizar la emisión o negociación de los valores, mercancías o contratos.

Cuando se trate de oferta pública extrabursátil, el registro, previo la inscripción de la oferta, verificará el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley y en los reglamentos que emita para el efecto.

Artículo 31. Perfeccionamiento de la oferta pública. La oferta pública obliga a quien la efectúe al cumplimiento de lo ofrecido desde el momento en que se realicen los supuestos contenidos en el artículo tres de la presente ley.

Artículo 32. Renuncia de solicitudes de ofertas. Los emisores que hayan presentado al registro o a una bolsa de comercio, según sea el caso, una solicitud de inscripción para realizar oferta pública de valores, podrán renunciar en cualquier momento a dicha solicitud cuando la misma se encuentre en trámite. Bastará, en este caso, acreditar ante el Registro que el órgano correspondiente del emisor ha resuelto renunciar a la solicitud de inscripción de la oferta.

Asimismo, los emisores que hayan obtenido del Registro la inscripción de una solicitud de oferta pública de valores, podrán renunciar a la misma y obtener su cancelación, acreditando que no se generaron obligaciones pendientes de cumplimiento derivadas de la oferta.

Artículo 33. Retiro de oferta pública de valores. Lo emisores que deseen retirar de oferta pública sus valo res, deberán previamente someter al Registro copi autenticada del acuerdo que al efecto tome la asamble general de accionistas, si se tratare de oferta pública d acciones, o bien, copia autenticada del acuerdo qu con esa finalidad adopte el órgano social competent de la emisora y, si se tratare de obligaciones de cual quier tipo emitidas por sociedades anónimas, copi autenticada del acuerdo de la ratificación del mismo por parte de la asamblea de obligacionistas.

Para retirar de la oferta pública valores distinto de los que arriba se menciona, se requiere someter registro copia autenticada del acuerdo adoptado po el órgano competente del emisor.

Si el registro encuentra todo arreglado a derecho ordenará la publicación del acuerdo correspon diente, a costa del emisor, tres veces en el diario of cial y en otro de los de mayor circulación, extendien do para el efecto los edictos respectivos. Entre la pr mera y la última publicación deberá transcurrir po lo menos un mes.

El interesado deberá acompañar al registro l publicaciones que se hubieren efectuado, y una v transcurridos quince días después de la última ellas, si de la documentación respectiva aparecie que existe acuerdo de los inversionistas al respecto, se otorgare por parte del oferente garantía suficien del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de oferta, el registro accederá a lo solicitado y procede a la cancelación de la respectiva inscripción.

Artículo 34. Ofertas públicas del Banco de Gua mala. Las ofertas públicas que realizare el Banco Guatemala se regirán exclusivamente por su ley org nica y por las disposiciones que sobre el particu emitiere la Junta Monetaria y, en consecuencia, estarán sujetas al cumplimiento de los requisitos es blecidos en la presente ley.

Las operaciones que efectuare el Banco de Gua mala en las bolsas de comercio, se regirán de acuer a las disposiciones reglamentarias y normativas carácter general que emitan éstas en coordinaci con aquél.

Artículo 35. Ofertas Públicas del Estado. Las of tas públicas del Estado, de sus entidades y las de s municipalidades, se regirán por sus propias disp ciones legales y no estarán sujetas al cumplimie de los requisitos establecidos en la presente ley.

Artículo 36. Ofertas Públicas de entidades financieras. Las ofertas públicas de instituciones sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Bancos se regirán por sus propias disposiciones legales y no quedan sujetas al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente ley.

Artículo 37. Negociación bursátil de mercancías o contratos. Para la negociación bursátil de mercancías o contratos, las bolsas de comercio deberán dictar las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general que establezcan los requisitos y condiciones necesarios para acceder, permanecer y salir de los respectivos mercados, de modo que tales normas procuren el funcionamiento transparente, seguro y eficiente de los mismos.

Los reglamentos, o normativos correspondientes, deberán remitirse al registro para su toma de razón, compilación y publicación en el diario oficial, por una sola vez, a costa de la bolsa de que se trate.

Artículo 38. Oferta pública de valores en moneda extranjera. Podrá inscribirse en el registro la oferta pública de valores expresados en moneda extranjera, emitidos dentro o fuera del país, para ser negociados en Guatemala.

La emisión o negociación de valores en el país, expresados en moneda extranjera, a surtir efectos dentro del país, quedarán sujetos a las disposiciones legales y reglamentarias que en materia cambiaria se encuentren vigentes en Guatemala.

Artículo 39. Propuestas de adquisición y representaciones para el voto. La persona o personas que actuando de consuno, tengan la intención de adquirir acciones que estén en oferta pública u opciones de compra sobre las mismas, con el propósito de adquirir control parcial o total de la administración de una sociedad, deberán notificarlo por escrito a la sociedad emisora, al registro y a la bolsa de comercio en que se negocien.

La bolsa de comercio respectiva dispondrá la forma y condiciones en que la propuesta de adquisición ha de informarse al público, debiendo dar a conocer:

a) La cantidad de acciones que el o los interesados deseen adquirir.
b) El precio que se ofrece pagar por acción.
c) El plazo, las condiciones de pago y, en su caso, si la propuesta de adquisición se formula sujeta a que se venda una cantidad mínima de acciones.
d) Los porcentajes de las acciones de las que los interesados ya son titulares o respecto de las cuales ejercen derecho de voto.

Divulgada la información arriba indicada por la bolsa de comercio respectiva, podrá procederse al inicio de las negociaciones correspondientes.

La persona o personas que actuando de consuno, deseen obtener la representación de accionistas para ejercer en una o más asambleas generales de accionistas, los votos que dichas acciones confieren, en cantidad necesaria para elegir parcial o totalmente al órgano de administración, deberán notificarlo por escrito al registro y a la sociedad emisora.

Habiéndose efectuado las notificaciones antedichas, la sociedad emisora deberá incluir en el texto de convocatoria a la asamblea general de accionistas correspondiente, la información siguiente:

a) La identidad de los interesados y su intención de obtener las respectivas representaciones.
b) La dirección a la cual deberán enviarse los documentos que confieren la representación correspondiente.
c) Las formalidades que, de acuerdo a la escritura social, deben cumplirse para el otorgamiento de los documentos acreditativos de la representación o representaciones.
d) Si los interesados en adquirir las representaciones se proponen nombrar o remover a uno o más miembros del órgano de administración de la sociedad.

La sociedad emisora queda obligada a la publicación de la información arriba indicada, solamente si el o los interesados la suministran íntegramente, por lo menos con quince días de anticipación a la fecha en que de conformidad con la ley deban publicarse las convocatorias.

Artículo 40. Vigencia de la inscripción de oferta pública. Para mantener vigente una inscripción de oferta pública de valores, además de cumplir con la actualización de la información que establezcan las disposiciones reglamentarias y normativas de carácter general que para el efecto emita el registro, y aquellas que dicten las bolsas de comercio, los emisores deberán remitir a dicho registro la documentación siguiente:

a) Balance general y estado de pérdidas y ganancias correspondientes a cada uno de los primeros tres trimestres de su ejercicio fiscal, dentro

de los veinte días hábiles siguientes a la terminación de cada trimestre.

b) Estados financieros anuales con informe de auditor externo, dentro de los treinta días siguientes a la celebración de la asamblea general ordinaria anual de la entidad emisora o del cierre de su ejercicio fiscal, si no fuere sociedad mercantil.

c) Copia autenticada de cualquier instrumento de modificación de la escritura social o estatutos, en su caso, de la entidad emisora, dentro de los treinta días siguientes a su inscripción provisional.

d) Informe anual del órgano de administración a los accionistas, o su equivalente, si no se tratare de una sociedad mercantil, dentro de los treinta días siguientes a la celebración de la asamblea general ordinaria anual de accionistas en que haya sido aprobado o del cierre de su ejercicio fiscal, si no fuere sociedad mercantil.

e) Informe del órgano de fiscalización sobre los pasivos contingentes de la entidad emisora, existentes al cierre de su último ejercicio contable.

TITULO V
DE LOS AGENTES
CAPITULO UNICO

Artículo 41. Calidad de agentes. Tendrán la calidad de agentes únicamente las personas jurídicas que se encuentren inscritas en el registro, conforme a las disposiciones de la presente ley.

Artículo 42. Requisitos para inscribirse como agente. Para obtener inscripción como agente deberán llenarse los requisitos siguientes:

a) Constituirse en forma de sociedad anónima, con capital representado por acciones nominativas.

b) Establecer en su escritura social constitutiva, que no podrán participar en su capital, directa o indirectamente, otros agentes.

c) Presentar solicitud al registro, acompañada de los documentos siguientes:

1) Fotocopia autenticada de la escritura constitutiva de sociedad y de sus modificaciones cuando fuere el caso.

2) Fotocopia autenticada del acta notarial de nombramiento del representante legal de la sociedad, o del instrumento que acredite la personería del representante de la sociedad.

3) Copia autenticada de la póliza de fianza que caucione las responsabilidades de los agentes de valores que puedan derivarse de su actuación en el mercado extrabursátil de valores, el monto de la fianza será determinado por el registro a través de normas de orden general.

Artículo 43. Actividades. Las personas jurídicas que se inscriban como agentes están autorizadas para realizar las actividades siguientes:

a) Actuar por cuenta propia o como intermediarios por cuenta ajena, en operaciones con valores que se encuentren en oferta pública, mercancías o contratos a ser negociados en la bolsa con sujeción a la presente ley y a sus disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general, así como a las que emitan las bolsas de comercio en que se encuentren inscritos como miembros.

b) Recibir fondos para realizar las operaciones con valores, mercancías o contratos que se les encomienden.

c) Prestar asesoría en materia de operaciones con valores, mercancías o contratos, sujetos a oferta pública.

d) Solicitar, por cuenta de los emisores, la inscripción de una oferta pública.

e) Recibir o conceder préstamos o créditos para la realización de las actividades que le son propias.

f) Proporcionar servicios de custodia de valores.

g) Administrar carteras de valores propiedad de terceros.

h) Realizar operaciones conexas o complementarias de las anteriores, o cualesquiera otras necesarias o convenientes para un adecuado servicio de intermediación, siempre que no estén prohibidas por la ley.

Artículo 44. Ejecución de órdenes. Los agentes sólo podrán ejecutar órdenes de sus propios accionistas, administradores, gerentes o representantes legales una vez que las órdenes de terceros hubiesen sido ejecutadas y en ningún caso podrán anteponer órdenes propias a las de sus clientes. Tampoco podrán ejecutar órdenes teniendo como contraparte a sus clientes, salvo que estos lo autoricen previamente por escrito.

Artículo 45. Obligaciones y responsabilidades. Los agentes serán responsables de la autenticidad e integridad de los valores que negocien y en su caso, de la continuidad de los endosos, de la autenticidad de

último de estos y de la inscripción de su último titulo en los registros del emisor, si fuere el caso.

Los agentes no deberán proporcionar ni divulgar información de las operaciones que realicen, o que se les haya encomendado, sino únicamente a las partes que intervengan directamente en las mismas, a sus representantes legales, a las autoridades competentes, o a las personas que las partes autoricen por escrito. La presente disposición no es aplicable a información de carácter general para fines estadísticos, a la que las bolsas de comercio requieran de conformidad con la ley, sus propias disposiciones normativas o reglamentarias de carácter general o a cualquier tipo de información cuando medie orden de juez competente.

Para celebrar operaciones con el público, los agentes deberán designar exclusivamente a administradores, gerentes y representantes legales que cumplan con los requisitos establecidos en la presente ley.

Los agentes deberán conducir todos los negocios en que intervengan con lealtad, claridad y precisión y deberán abstenerse de artificios que en cualquier forma puedan inducir a error a las partes contratantes.

Artículo 46. Agentes extranjeros. Las personas jurídicas constituidas y autorizadas para operar como agentes en el extranjero, podrán actuar como tales en los mercados bursátil y extrabursátil del país. Para tales efectos deberán cumplir, ante el registro, con lo siguiente:

a) Comprobar fehacientemente que están debidamente constituidas e inscritas de acuerdo con las leyes del país en que se hubieren organizado.
b) Presentar copia autenticada de su escritura constitutiva, de sus estatutos, si los tuvieren, o del instrumento legal en el que conste su creación o constitución, así como cualesquiera modificaciones.
c) Presentar copia autenticada del instrumento por el que se nombra, para actuar en la República, un mandatario general con representación, con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos de giro y para representar a la sociedad en juicio y fuera de él, con todas las facultades especiales que requiere la Ley del Organismo Judicial. El mandatario que no tuviere esas facultades quedará investido de ellas por ministerio de la ley.
d) Constituir un capital asignado para sus operaciones en la República y obligarse expresamente a responder, no sólo con los bienes que posean en el territorio de la República, sino también con los que tengan en el exterior, por todos los actos y negocios que celebren en el país.
e) Someterse a la jurisdicción de los tribunales del país y a las leyes de la República, para todos los actos y negocios que celebren en el territorio o que hayan de surtir sus efectos en él, y presentar declaración de que ni la sociedad, ni sus representantes legales o empleados, podrán invocar derechos de extranjería, pues únicamente gozarán de los derechos y los medios de ejercerlos, que las leyes del país otorgan a los guatemaltecos.
f) Declarar que antes de retirarse del país llenarán todos los requisitos legales correspondientes.
g) Presentar copia autenticada de sus estados financieros de los últimos tres años, o período menor si fuese el caso, certificados por auditor independiente.
h) Presentar copia autenticada de la resolución del órgano de administración correspondiente, que acuerde el establecimiento de una sucursal en la República para desarrollar actividades bursátiles y extrabursátiles.

Llenados los requisitos anteriores, el registro efectuará la inscripción correspondiente de la sucursal como agente. Dicha inscripción surtirá los efectos de una inscripción en el Registro Mercantil, sin necesidad de ningún otro trámite, y servirá de base legal suficiente para que la sucursal realice cualquier otro acto jurídico, en dependencias estatales o privadas, de conformidad con la ley.

Artículo 47. Requisitos que deben cumplir los personeros de los agentes. Los administradores, gerentes y representantes legales, responsables de la gestión ordinaria de los agentes, deberán reunir las calidades siguientes:

a) Carecer de antecedentes penales.
b) No ser deudores morosos.
c) No encontrarse en situación de insolvencia o quiebra.

Ninguno de los personeros a que se refiere el presente artículo podrá fungir como administrador, gerente o representante legal de otro u otros agentes.

Los requisitos establecidos en el presente artículo no se aplican a los mandatarios judiciales.

Artículo 48. Operadores de los agentes. Operador es la persona que ejecuta operaciones bursátiles o

extrabursátiles, por cuenta de un agente. Los operadores de los distintos agentes deberán cumplir los mismos requisitos que para los administradores, gerentes o representantes legales, responsables de la gestión ordinaria de los agentes, se establecen en el artículo anterior. Asimismo deberán acreditar conocimientos técnicos o experiencia en materia financiera, idóneos para desarrollar operaciones de intermediación en el mercado de valores.

Artículo 49. Trámite de inscripción. La solicitud de inscripción como agente y los documentos que deban acompañarse, serán examinados por el registro, que resolverá en definitiva la inscripción o el rechazo, mediante resolución motivada, dentro de un plazo de quince días contados a partir de la fecha de su recepción. El registrador, previo a su decisión, podrá requerir al solicitante los informes o aclaraciones adicionales que corresponda conforme a la presente ley, en cuyo caso, el plazo para resolver, correrá a partir de la fecha en que el interesado cumpla con lo requerido.

Artículo 50. Requisitos para mantener vigente la inscripción de agente. Para mantener vigente su inscripción en el Registro, los agentes deberán cumplir, ante éste, los requisitos siguientes:

a) Remitir sus estados financieros anuales auditados, dentro de los ciento veinte días siguientes al cierre del ejercicio contable.
b) Remitir dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento, las copias autenticadas de las escrituras publicas que documenten las modificaciones de su escritura social, o estatutos, y de las certificaciones que acrediten la inscripción provisional de tales modificaciones, cuando fuere el caso.
c) Avisar del cambio de dirección de sus oficinas, dentro de los cinco días siguientes a que ocurriere tal circunstancia.
d) Remitir al Registro en forma trimestral, dentro de los veinte días siguiente al vencimiento de cada trimestre calendario del año, la información estadística relacionada con el volumen y naturaleza de las operaciones realizadas en el mercado de valores.
e) Informar, dentro de los quince días siguientes a su inscripción en el Registro del nombramiento o remoción de sus administradores, gerentes, representantes legales y operadores.
f) Remitir anualmente el original de la póliza fianza que caucione las responsabilidades de vadas de su actuación en el mercado de valor cuyo monto será determinado por el Regist por medio de normas de orden general.

Artículo 51. Cancelación de la inscripción. L agentes podrán solicitar ante el Registro y la cance ción de su inscripción. Con dicha solicitud deb presentarse al Registro, copia autenticada de la es tura pública en donde se acuerde la disolución liquidación de la sociedad, o la modificación de objeto y de la denominación social, en la que ya podrá aparecer ninguna de las expresiones a que refiere el artículo cinco de la presente ley.

La solicitud de cancelación de la inscripci deberá publicarse tres veces en el diario oficial y otro de los de mayor circulación, a costa del age de quien se trate. Entre la primera y la última pul cación deberá transcurrir al menos un mes y en n gún caso podrá transcurrir, entre ambas, más de meses.

La cancelación solicitada sólo podrá operarse vez realizadas las referidas publicaciones y habi dose otorgado por el agente garantía suficiente, a cio del Registro, del cumplimiento de obligaciones derivadas de su actuación como age

La cancelación de la inscripción como age causará la cesación inmediata de sus actividades e mercado de valores y mercancías, debiendo d aviso de la misma a las bolsas de comercio auton das para operar en el país. De contravenirse lo puesto en este párrafo, el Registro podrá solic judicialmente dicha cesación en la vía incidental.

TITULO VI
DE LOS VALORES REPRESENTADOS PO MEDIO DE ANOTACIONES EN CUENTA
CAPITULO UNICO

Artículo 52. Valores representados por medio anotaciones en cuenta. Los valores a que se refier inciso a) del artículo dos de la presente ley, creado emitidos por entidades privadas, el gobierno d República, las entidades autónomas y descentrali das, las municipalidades y el Banco de Guaten a, podrán representarse por medio de anotacione cuenta, en cuyo caso, dicha modalidad habrá de li carse a todos los valores que integren una mi serie de determinada emisión.

Los valores representados por medio de anotacio-
s en cuenta tienen la calidad de bienes muebles.

Artículo 53. Autorización. La creación o emisión
valores representados por medio de anotaciones
cuenta, requerirá la adopción del acuerdo corres-
ndiente según la naturaleza del emisor. El acuerdo
berá indicar con precisión los derechos, caracterís-
cas y demás condiciones propias de los valores.

Artículo 54. Creación. Los valores representados
r medio de anotaciones en cuenta, se crean por
tud del asiento correspondiente en los libros de
ntabilidad del emisor. La base del asiento contable
constituirá el instrumento legal de emisión.

Artículo 55. Ley de Circulación. La transmisión de
s valores representados por medio de anotaciones
cuenta tendrá lugar mediante asiento de partida
ntable en los libros del emisor. La anotación a
vor de subsecuentes adquirentes producirá los efec-
s de una plena transmisión de dominio de los valo-
s. La transmisión será oponible a terceros desde el
omento en que se haya practicado la anotación.

Artículo 56. Legitimación. La persona inscrita en
s libros de contabilidad del emisor se presumirá
ular legítimo de los valores representados por
edio de las anotaciones en cuenta correspondientes
podrá hacer valer los derechos que dichos valores le
nfieran. El emisor que pague de buena fe a quien
arezca inscrito en sus libros como titular de los
lores, se liberará de la obligación.

Artículo 57. Información. El emisor, como res-
nsable del registro contable de los valores repre-
ntados por medio de anotaciones de cuenta,
berá tener en todo momento, para consulta de
alquier persona interesada, una copia autenticada
l instrumento de emisión y cualquier otra informa-
ón relacionada con la misma.

Artículo 58. Colocación. El emisor dará en consig-
ación, a uno o más agentes o entidades que presten
rvicios de depósito colectivo de valores, parte o
da la emisión de valores representados por medio
anotaciones en cuenta, que los agentes asentarán
su propia contabilidad, con base en el documento
spectivo.

Una vez operados los asientos contables, se
drán negociar los valores en referencia y deberá
pedirse a favor de los adquirentes la o las constan-
as del asiento contable, que acrediten la adquisi-
ón de los respectivos valores. La copia de dichas constancias deberá remitirse al emisor el día hábil siguiente al de la liquidación, a fin de que éste efectúe inmediatamente las respectivas anotaciones en cuenta a favor de adquirente.

La sociedad emisora y el o los agentes designados de común acuerdo con la bolsa de comercio en que dichos valores se coticen, establecerán los registros contables, las normas de organización y funcionamiento de los sistemas de identificación y control de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta.

Artículo 59. Asientos. Toda sociedad emisora de valores representados por medio de anotaciones en cuenta tiene la obligación de practicar en sus libros de contabilidad los asientos correspondientes a todos los actos o negocios jurídicos, que se realicen respecto de tales valores.

Si una negociación se efectuare en el mercado primario, la anotación en cuenta se efectuará con base en la constancia que emita el agente, a que se refiere el artículo cincuenta y ocho de la presente ley.

Si una negociación se efectuare en el mercado secundario mediante agente no autorizado para emitir la constancia a que se refiere el artículo cincuenta y ocho de la presente ley, la anotación en cuenta se realizará con base en el comprobante de la operación en bolsa, requisitado como se indique en el instrumento legal de la emisión.

Artículo 60. Terceros. La anotación en cuenta a favor de persona que adquiera, a cualquier título, valores representados por medio de anotaciones en cuenta de persona que aparezca inscrita según los asientos de los libros de contabilidad del emisor, no se invalidará en cuanto a tercero, a no ser que el adquirente haya obrado de mala fe.

Artículo 61. Oponibilidad de excepciones. El emisor sólo podrá oponer frente al adquirente de buena fe, de valores representados por medio de anotaciones en cuenta, las excepciones que se desprendan de la anotación contable, en relación al instrumento legal de emisión de la constancia o del comprobante de la operación en bolsa.

Artículo 62. Gravámenes. La constitución de gravámenes sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta sólo será oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado el correspondiente asiento en los libros de contabilidad del emisor.

Artículo 63. Formalidades. El asiento de la creación o emisión de valores representados por medio de anotaciones en cuenta, en los libros de contabilidad del emisor, deberá ir suscrito en forma autógrafa por el representante legal del emisor y por el contador encargado de los libros de contabilidad de éste. El control y manejo contable de las diversas operaciones relacionadas con los valores representados por medio de anotaciones en cuenta, podrá efectuarse a través de procedimientos contables, documentales o electrónicos.

Artículo 64. Constancias. La legitimación para el ejercicio de los derechos derivados de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta, podrá acreditarse mediante la exhibición de constancias contables, suscritas por el contador y el representante legal del emisor. El o los agentes del emisor podrán emitir constancias por cuenta de éste, cuando se encuentren expresamente facultados para ello. Las constancias no surtirán más efectos que el acreditamiento de la titularidad, serán expedidas a favor de persona determinada y no serán negociables, circunstancia ésta que deberá ser consignada con caracteres notoriamente visibles.

Artículo 65. Enajenación y gravamen. Sólo podrá operarse, en los asientos contables, la enajenación o gravamen de valores representados por medio de anotaciones en cuenta, si quien dispone en cualquier forma de los valores, aparece legitimado para ello en los registros contables correspondientes.

Artículo 66. Solidaridad. El emisor de valores representados mediante anotaciones en cuenta y el o los agentes responsables de su negociación y administración, son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que causaren.

TITULO VII
DE LOS CONTRATOS Y DE LAS INSTITUCIONES AUXILIARES DEL MERCADO DE VALORES
CAPITULO I
DE LOS CONTRATOS DE BOLSA

Artículo 67. Concepto. Mediante los contratos de bolsa se crean, modifican, extinguen o transmiten obligaciones mercantiles que se contraen y liquidan en el seno de una bolsa de comercio. Las obligaciones que de ellos se deriven se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones deseos de los contratantes, sin limitar con base e una interpretación arbitraria, sus efectos naturales.

Artículo 68. Formalidades. Los contratos de bol no están sujetos, para su existencia jurídica y valid formal, a requisitos especiales. Las partes quedar obligadas de la manera y en los términos en que ap rezca que quisieron obligarse, independientemen de la forma y el idioma en que estos se celebren.

Los contratos celebrados en territorio guatem teco y que hayan de sufrir efectos en el mismo, celebrarán en idioma español.

Artículo 69. Solución de conflictos. Los conflict entre las partes, derivados de un contrato de bol entre los agentes y las partes, los agentes entre sí, entre los agentes y las bolsas de comercio, deberán resueltos, salvo pacto en contrario, por arbitraje equidad, el cual, si las partes en conflicto no dispus ren otra cosa, se sustanciará conforme a las reglas normas del Centro de Dictamen, Conciliación y Ar traje (CDCA). El laudo podrá dictarse en rebeldía de parte que no comparezca dentro del proceso arbitral

Artículo 70. Contratos de contado. Los contrat de bolsa en los que las partes no establezcan lo co trario, se presumen de contado, las prestaciones reputarán firmes y debidas al momento del cierre la operación bursátil y deberán liquidarse dentro l plazo que establezcan las disposiciones reglamen rias y normativas de carácter general de la bolsa comercio en que se realice la negociación.

Artículo 71. Contratos a plazo. En los contratos bolsa en los que las partes convengan un plazo, s prestaciones se reputarán firmes y debidas al momen del cierre de la operación bursátil y serán exigible día y hora estipulados en el contrato. Las bolsas comercio deberán establecer por medio de sus dis siciones normativas y reglamentarias de carácter ge ral, los términos y condiciones en que deberán op los mercados que celebren contratos a plazo.

Artículo 72. Contratos a condición y opciones. Las partes podrán celebrar contratos bursátiles c dicionales, por cuya virtud una o ambas partes g rán del derecho, mediante el pago de una prima desvincularse de la ejecución de las prestaciones le les corresponden.

Por el contrato de opción bursátil, una de las p tes, contra el pago de una prima determinad o determinable, asume frente a la otra la obligación

alizar una o más operaciones bursátiles, al vencimiento o durante la vigencia de un plazo convenido. Las bolsas de comercio deberán establecer, por medio de disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general, los términos y condiciones en que deberán operar los mercados correspondientes.

CAPITULO II
DE LAS SOCIEDADES DE INVERSION

Artículo 73. Sociedades de inversión. Las sociedades de inversión son aquellas que tienen por objeto exclusivo la inversión de sus recursos en los valores a que se refiere el artículo dos de esta ley y están sujetas a las siguientes disposiciones:

a) Se constituyen como sociedades anónimas, con un capital pagado mínimo, en efectivo, de cincuenta mil (50,000) unidades, entendiéndose por unidad lo establecido en el artículo noventa de esta ley.

b) Su capital es variable, sin necesidad de modificar su escritura social.

c) Las acciones que emitan podrán recomprarse sin necesidad de reducir el capital social, y en tal caso, pasarán a figurar como acciones de tesorería, quedando en suspenso los derechos políticos y económicos que de ellas se deriven, hasta que fueren vendidas y puestas de nuevo en circulación. La escritura social deberá establecer los términos y condiciones en que las acciones pueden recomprarse, o atribuir al órgano de administración la facultad de determinarlos.

d) Sólo podrán emitirse acciones sin derecho a voto cuando a solicitud de sus tenedores la sociedad emisora deba recomprarlas dentro de un plazo máximo de treinta días.

e) Su escritura social podrá disponer que la administración de la sociedad se encomiende, por decisión de la asamblea general ordinaria de accionistas, o por la del órgano de administración a una sociedad gestora, fijándose con precisión, en cualquier caso, sus emolumentos o la forma de determinarlos. El órgano social que corresponda podrá, en cualquier tiempo, revocar la designación que se hubiere hecho y la sociedad gestora responderá ante la sociedad en al forma que dispone el Artículo 183 del Código de Comercio de Guatemala. Se entiende por sociedad gestora, aquella sociedad anónima cuyo único objeto social es la administración de los fondos de las sociedades de inversión.

f) Si su escritura social lo permite expresamente, podrán además invertir recursos en cuentas de ahorro, certificados de depósito u otros instrumentos financieros de inversión de alta o inmediata liquidez.

g) Deberán inscribir en el registro la oferta pública de sus valores, presentando la misma documentación e información que corresponde proporcionar a cualquier emisor de acciones.

h) Sólo podrán cotizarse en bolsa sus acciones emitidas sin derecho de recompra. Para ello deberán previamente inscribirse en el registro y en la o las bolsas de comercio respectivas, presentando la documentación e información que corresponde proporcionar a cualquier emisor de acciones para negociarse en oferta pública.

i) Deberán anunciar el valor neto de sus activos por acción, en la forma y con la periodicidad que para el efecto dispongan el registro, o en su caso, las bolsas de comercio en que se coticen sus acciones. Se entiende por valor neto de sus activos por acción, lo que resulte de dividir los activos netos del fondo entre el número de acciones emitidas.

j) No les es aplicable la obligación de formar la reserva legal a que se refiere el Código de Comercio de Guatemala, como tampoco lo relativo al derecho preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones a que se refiere el mismo código.

k) Se aplicarán a las sociedades de inversión las disposiciones del Código de Comercio, en lo que no se oponga a lo aquí establecido.

CAPITULO III
DEL CONTRATO DE FONDO DE INVERSION

Artículo 74. Contrato de fondo de inversión. El contrato de fondo de inversión es aquel por medio del cual un agente recibe dinero de terceras personas con el objeto de invertirlo por cuenta de éstas, de manera sistemática y profesional, en valores inscritos para oferta pública, y al vencimiento, durante el plazo pactado o a la terminación del contrato, según sus propias disposiciones, se obliga condicional o incondicionalmente a devolver el capital recibido con sus frutos, cargando una comisión cuyo monto y características se definen en el propio contrato.

Artículo 75. Efectos del contrato de fondo de inversión. Ni el dinero recibido por el agente, ni los valores que con él adquiera por cuenta de los inversores se mezclan con su patrimonio, ni puede emplearlos sino para los fines expresamente indicados en el contrato. Los fondos o los valores recibidos deberán contabilizarse debidamente, separados de las cuentas propias del agente.

Los valores que el agente adquiera por cuenta de los inversores, que no fueran al portador, podrán emitirse en forma nominativa o a la orden del agente, quien queda obligado a remitir mensualmente a los inversores un estado de cuenta en el que aparezca en detalle la cantidad y especie de los valores que conforman la cartera de cada uno de ellos. En relación a los valores que se describan en el estado de cuenta, el agente podrá ejercitar las facultades que confiere el endoso en procuración, y en lo que a las acciones emitidas por sociedades mercantiles se refiere, ejercitará por cuenta de los titulares los derechos que de las mismas se deriven, conforme a su leal saber y entender.

El agente responderá legalmente de la exactitud de la información que aparezca en los estados de cuenta que emita.

Con excepción de los documentos que los agentes expidan como consecuencia de las comisiones que carguen, los demás relacionados con la ejecución de un contrato de fondo de inversión no estarán afectos a impuesto alguno.

Para que el contrato de fondo de inversión pueda surtir los efectos aquí previstos deberá inscribirse en el Registro.

CAPITULO IV
DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO DE INVERSION

Artículo 76. Contrato de fideicomiso de inversión. Los bancos y las sociedades financieras privadas podrán convenir con los agentes la delegación de su función como fiduciarios. El fiduciario delegado podrá realizar todas las actividades propias de un fiduciario y será junto con la entidad delegante, solidariamente responsable por su actuación.

Tanto los bancos y las sociedades financieras privadas, como los fiduciarios delegados, podrán fungir como fiduciarios de fideicomisos constituidos para la inversión en valores que se encuentren en oferta pública. Si como resultado de la constitución del fidei comiso se acordare la emisión de certificados fiducia rios, su oferta pública deberá inscribirse en el registro a su vez, podrá el fiduciario solicitar su inscripción par cotizarse en bolsa, en cuyo caso, el régimen fiscal de lo certificados respectivos será el mismo que el aplicable los bonos emitidos por sociedades financieras privadas

El documentos constitutivo de fideicomiso d inversión, así como sus modificaciones, podrá const en documento privado, y la emisión y negociación d los certificados fiduciarios a que se refiere el present artículo estarán sujetas únicamente a los requisito que esta ley establece para realizar oferta pública d valores emitidos por sociedades mercantiles.

CAPITULO V
DEL CONTRATO DE SUSCRIPCION DE VALORES

Artículo 77. Contrato de suscripción de valores. P el contrato de suscripción de valores, las sociedad financieras privadas y los agentes podrán adqui valores inscritos para oferta pública, siempre que adquisición tenga como objeto proveer recursos emisor, menos el descuento o por la comisión que pacte en el propio contrato, por concepto de la p terior colocación de los respectivos valores.

Lo anteriormente dispuesto, para el caso de l sociedades financieras privadas, es sin perjuicio de l requerimientos de solvencia y límites de crédito p vistos en las leyes que rigen sus operaciones.

Para efectos de la negociación extrabursátil dichas emisiones, las sociedades financieras priva podrán actuar como agentes, sin necesidad de i cripción previa o trámite alguno.

CAPITULO VI
DE LOS CONTRATOS A FUTURO

Artículo 78. Contratos a futuro. Las bolsas comercio podrán organizar le negociación de cont tos para la transmisión de dominio, o entrega fut de valores, mercancías, fondos en moneda nacion extranjera, u otros bienes de lícito comercio, como la negociación de contratos cuya liquidac futura se calcula y efectúa en función de un índ definido por una bolsa de comercio.

Las condiciones de negociación de los contra para entrega futura se reglamentarán por las respe vas bolsas de comercio. Los documentos que

ngan los contratos en cuestión, así como la demás ocumentación que sirva para su sustento, no están ectos al Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel llado Especial para Protocolos.

El Impuesto al Valor Agregado, en contratos que ntenga actos gravados con este impuesto, se agará al momento de la liquidación.

La enajenación, cesión o transferencia de los conatos en cuestión, previo a su liquidación, no estarán ectos al Impuesto al Valor Agregado.

En caso de negociación de contratos para entrega tura de moneda extranjera, las obligaciones que ntengan habrán de expresarse y cumplirse en la oneda pactada, en la medida en que lo permitan las sposiciones legales, cambiarias y reglamentarias spectivas.

CAPITULO VII
DEL DEPOSITO COLECTIVO DE VALORES

Artículo 79. Depósito colectivo de valores. A los nes establecidos en el inciso g) del artículo diecioho de la presente ley, las bolsas de comercio podrán cibir en calidad de depósito colectivo los valores ue en ellas se negocien.

El contrato de depósito colectivo de valores tiene gar cuando una bolsa de comercio, o quien ésta esigne como sociedad depositaria, se obliga a restiir al depositante, o a quien éste designe, valores por mismo monto y de la misma clase, especie y emisor ue los depositados, pero no necesariamente los misos. En consecuencia, la depositaria puede disponer e los valores en ella depositados para el solo efecto e restituir a otros depositantes valores homogéneos.

Por el contrato de depósito colectivo de valores o se transfiere la propiedad de lo depositado. Conecuentemente, lo recibido en depósito colectivo no mezcla con el patrimonio de la depositaria.

Los endosos, registros de endosos y transferencias ue se operen sobre los valores depositados, podrán ustituirse por partidas de crédito o débito, según orresponda, que la depositaria opere en sus regisros correspondientes, en cuyo caso, cualquier acto e disposición se entenderá realizado en relación a alores homogéneos a los depositados, aunque no ueren los mismos.

Para el ejercicio de los derechos que incorporan s acciones al portador, la exhibición material de los tulos podrá sustituirse por la presentación de una constancia de depósito, expedida por la sociedad depositaria.

En lo que no se opongan a lo aquí establecido, se aplicarán al contrato de depósito colectivo de valores las disposiciones del Código Civil.

TITULO VIII
DE LA VIGILANCIA Y FISCALIZACION
CAPITULO UNICO

Artículo 80. Control de juridicidad. Corresponde al registro, de conformidad con esa ley y aquellos preceptos que la desarrollen, el control de juridicidad de los actos y contratos realizados o celebrados por las bolsas de comercio los agentes e instituciones auxiliares del mercado de valores.

Artículo 81. Exactitud y veracidad de informes y documentos. El registro, en el mercado extrabursátil, y las bolsas de comercio, en el mercado bursátil, podrán exigir de sus miembros o emisores cuyos valores, mercancías o contratos se coticen en cualquiera de dichos mercados, los informes y documentos que determinen sus respectivos reglamentos, así como verificar en la forma adecuada y por las personas idóneas, la exactitud y veracidad de aquellos.

Artículo 82. Apercibimientos. Sin perjuicio de las resoluciones correctivas o sancionatorias que en aplicación de los preceptos de esta ley y las disposiciones reglamentarias o normativas de carácter general que la desarrollan, emita el registro actuando de oficio, podrá también proceder a instancia de parte interesada. En ambos casos, si a juicio del registro las infracciones que resultaren comprobadas son de tal magnitud que no ameritan acordar suspensión, cancelación o intervención alguna, podrá simplemente apercibirse al infractor para que subsane la irregularidad cometida en el plazo que le sea fijado.

Podrá el registro también apercibir a cualquier persona o entidad de estar a derecho en caso de infracciones menores a cualquier precepto de la presente ley, y las disposiciones reglamentarias o normativas de carácter general que la desarrollan.

TITULO IX
DE LAS SUSPENSIONES Y CANCELACIONES
CAPITULO UNICO

Artículo 83. Suspensión de inscripción de valores. El registro, previa audiencia por diez días al emisor, podrá suspender la inscripción de los valores que éste

hubiere emitido, en caso de infringirse cualquiera de los requisitos previstos en la ley, las disposiciones reglamentarias y normativas de carácter general que las desarrollan, así como en el caso de que los documentos o informes que deban rendirse al registro, o a las bolsas de comercio, contengan diferencias o inexactitudes que no hayan podido aclararse durante la referida audiencia. También podrá suspender la inscripción relativa a valores de aquellos emisores cuyos administradores, gerentes o representantes legales divulguen información falsa o inexacta, con el propósito de inducir a error a terceros, en lo que a la situación financiera del emisor se refiere.

La suspensión se mantendrá durante el tiempo en que las causas que la motivaron no desaparezcan, o hasta que el infractor ajuste sus actuaciones a derecho.

Artículo 84. Suspensión como medida preventiva. El registro podrá discrecionalmente y como medida preventiva, suspender cualquier inscripción o negociación relativa a valores que se encuentren en oferta pública, en los mercados bursátiles o extrabursátiles, por un plazo no mayor de tres (3) días, sin necesidad de la audiencia a que se refiere el artículo anterior.

La suspensión a que se refiere el presente artículo deberá notificarse inmediatamente al ente emisor, concediéndosele en el acto, audiencia por cuarenta y ocho horas. Los agentes y las bolsas de comercio serán comunicados inmediatamente por el registro, de cualquier suspensión que se decretare conforme al presente artículo.

Artículo 85. Efectos de la suspensión La resolución firme que decrete la suspensión de la inscripción de una oferta pública de valores, a que se refiere el artículo ochenta y tres de la presente ley, produce los efectos siguientes:

a) Impedir la negociación de los valores de que se trate.
b) La imposición a los administradores, gerentes o representantes legales, que no hubiesen salvado su responsabilidad legal, de una multa de mil a cinco mil unidades a juicio del registro.
c) Si se tratare de títulos de crédito, sus tenedores tendrán derecho a exigir el pago inmediato del importe del capital, intereses y demás sumas a que tengan derecho, conforme a los valores respectivos. Para estos propósitos el registro ordenará, a costa de los infractores, la publicación de un aviso en el diario oficial y en otro de los de mayor circulación, dando a conocer esta circunstancia.
d) Si se tratare de acciones de sociedades mercantiles, se estará a lo dispuesto por las leyes respectivas en lo relativo al régimen de responsabilidad general del órgano de administración frente a la sociedad, a los accionistas y los acreedores.

Artículo 86. Suspensión de la inscripción de agentes o sus representantes. El registro, previa audiencia por cinco días, mediante resolución motivada, podrá suspender la inscripción de cualquier agente, de sus administradores, agentes o representantes legales, siempre que incurran en cualquier de las infracciones siguientes:

a) Incumplir con los requisitos establecidos en esta ley o disposiciones normativas o reglamentarias de carácter general.
b) Contravenir prohibiciones expresas contenidas en esta ley, disposiciones normativas o reglamentarias de carácter general.
c) Intervenir en ofertas públicas de valores que no estén inscritos en el Registro.
d) Incumplir con obligaciones derivadas de las operaciones en las que hayan intervenido, que sean de tal naturaleza y magnitud que afecten los intereses del público inversor o de uno o más emisores.
e) Ser declarados en estado de quiebra o de suspensión de pagos.
f) Proporcionar al registro o al público inversor informaciones o declaraciones falsas o inexactas mediando dolo, sin perjuicio de las demás responsabilidades legales que puedan existir.
g) Perder más del 60% de su capital pagado.

La suspensión se mantendrá durante el tiempo en las causas que la motivaron no desaparezcan, o hasta que le infractor ajuste sus actuaciones a derecho, impide al agente llevar a cabo nuevas operaciones bursátiles o extrabursátiles, sin perjuicio de la conclusión de las que con anterioridad al momento de la suspensión hubiere celebrado.

Artículo 87. Cancelaciones. El registro podrá solicitar, de oficio o a solicitud de parte, a juez competente de primera instancia del ramo civil, la cancelación de la inscripción en cualquier registro, de las bolsas de comercio, de los agentes, de los emisores, de las sociedades de inversión, de los fondos de inversión

de los administradores, gerentes o representantes legales de éstas, en cualquiera de los siguientes casos:

a) Si fueren condenados en sentencia firme, en virtud de proceso penal seguido por la imputación de delitos en contra del patrimonio.

b) Si dejaren de cumplir un laudo arbitral ejecutoriado, dictado con motivo de actividades y operaciones de carácter bursátil.

El trámite para resolver la cancelación será el de los incidentes. La cancelación surtirá sus efectos a partir de la fecha en que quede firme la resolución que resuelva en definitiva el incidente, de tal modo que la persona cuya inscripción fue cancelada sólo podrá seguir funcionando con el objeto de dar cumplimiento a las obligaciones que estuvieren pendientes.

Artículo 88. Otras providencias cautelares. El registro podrá solicitar, a juez competente de primera instancia del ramo civil, por la vía de los incidentes, las providencias cautelares que sean necesarias con el objeto de proteger los derechos del público inversionista, en contra de quienes, sin estar inscritos como corresponde, funcionen como bolsas de comercio o agentes, o lleven a cabo oferta pública.

Si el juez lo estima necesario, en vista de las circunstancias del caso y con el objeto de proteger los derechos del público inversionista, las providencias cautelares podrán decretarse al dársele trámite al incidente respectivo, sin previa audiencia al afectado.

En caso que la providencia cautelar decretada fuere la de intervención, ésta deberá recaer en persona idónea para el cargo, cuyas funciones se regirán por lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Mercantil y tendrá por objeto fundamental asegurar los intereses del público. La intervención durará el tiempo necesario para que los negocios jurídicos que se hubieren realizado se liquiden, o si esto no fuere posible, se transfieran a otras bolsas de comercio o agentes debidamente inscritos para operar como tales. La intervención también cesará si las personas o entidades intervenidas gestionan y obtienen la inscripción necesaria para actuar como bolsas de comercio o agentes, o para llevar a cabo emisiones de valores.

TITULO X
DE LAS SANCIONES
CAPITULO UNICO

Artículo 89. Imposición de sanciones. Las sanciones previstas en el presente título se dictarán por el Registro, mediante resolución razonada, previa audiencia por diez días al presunto infractor. Las resoluciones que se dicten admitirán los recursos previstos por las leyes.

La imposición de las sanciones previstas en el presente capítulo, no excluye otros efectos derivados de los hechos, circunstancias, acciones u omisiones establecidos por la presente ley, como tampoco excluye las responsabilidades civiles, por daños y perjuicios y enriquecimiento indebido y las penales que sean deducibles a los responsables.

Artículo 90. Cálculo de las multas. Las multas se fijarán en unidades de multa determinadas por el Registro en la resolución respectiva. El valor mínimo de cada unidad de multa será de Diez Quetzales (Q 10.00) y el valor máximo de Cien Quetzales (Q 100.00) el Registro actualizará semestralmente dentro del rango señalado el valor de cada unidad mediante resolución que deberá publicarse por una sola vez en el diario oficial. El valor de la unidad se aplicara a cualquier otra disposición de esta ley, aunque no sea de carácter sancionatorio.

Artículo 91. Incumplimiento de apercibimientos. De no cumplirse con los apercibimientos que dicte el registro, se impondrá al infractor una multa de cien (100) a quinientas (500) unidades, según la gravedad de la infracción.

Artículo 92. Multa derivada de actos que transgredan disposiciones relacionadas con oferta pública. Serán sancionados con multa de quinientas (500) a mil (1000) unidades, a juicio del registro:

a) las personas que hicieren oferta pública o intermediaren con valores que no hayan sido inscritos previamente en el registro.

b) Las personas que hicieren oferta pública, intermediaren o permitieren la cotización de valores, a sabiendas de que el registro ha suspendido o cancelado la inscripción de los mismos.

c) Quienes, habiendo sido autorizados por la Registro o bolsa de comercio correspondiente, según sea el caso, para hacer oferta pública con determinados valores realizaren dicha oferta mediante prospectos o sistemas de publicidad o propaganda no autorizados por el registro o la bolsa de comercio respectiva, según sea el caso.

d) Las personas que dirijan propaganda o información al público sobre valores o sobre las actividades y operaciones de los agentes, en

contravención de las normas que existieren sobre publicidad y propaganda, dictadas por las bolsas de comercio respectivas.

Artículo 93. Multa por registro de negocios simulados. Serán sancionados con multa de tres mil (3 000) a diez mil (10 000) unidades los agentes que registren negocios simulados de valores o mercancías.

Artículo 94. Multas a funcionarios y empleados del Registro. Los funcionarios y empleados del Registro que divulguen o suministren información confidencial de la que por razón de sus funciones tengan conocimiento, o que la aprovechen para su beneficio personal, o en daño o perjuicio de terceros, serán sancionados en forma personal con multa de mil (1 000) a diez mil (10 000) unidades, sin perjuicio de la remoción inmediata de su cargo y de los daños y perjuicios resultantes.

Artículo 95. Información privilegiada. Información privilegiada, a los efectos de esta ley, es toda información de carácter concreto referente a valores, mercancías y contratos que no haya sido dada a conocer al público y que de haberse hecho pública, hubiere podido influir de modo relevante en su cotización.

Tanto los administradores como los gerentes y representantes legales de las bolsas de comercio, de los agentes, de los emisores, así como cualquier persona que por su posición tenga acceso a información privilegiada, debe abstenerse de efectuar, por sí o por interpósita persona, operaciones con cualquier tipo de valores, mercancías o contratos, en beneficio propio o de terceros, mientras la citada información no sea divulgada entre el público inversionista.

La información deja de ser privilegiada desde el momento en que se ponga por escrito en conocimiento del registro, o de la bolsa de comercio correspondiente.

Las personas que contravengan lo dispuesto en el segundo párrafo del presente artículo, serán sancionadas con multas de cinco mil (5 000) a cincuenta mil (50 000) unidades.

Artículo 96. Multa por uso indebido de denominaciones privativas. Las personas que sin estar autorizadas para ello utilicen las denominaciones privativas a que se refiere el artículo cinco de esta ley, con el ánimo de inducir a error a terceros, serán sancionadas con multa de mil (1 000) a diez mil (10 000) unidades.

Artículo 97. Forma de hacer efectivas las multas. Una vez esté firme la resolución mediante la cual se imponga alguna de las multas establecidas en la presente ley, el Registro procederá a requerir de pago al sancionado, para que en un plazo de cinco días, haga efectiva la multa correspondiente. De no hacerse efectivas las multas fijadas, se procederá de conformidad con la ley.

Artículo 98. Multas a personeros de emisores. En caso de emisores que dejen de cumplir los requisitos y obligaciones que les impone esta ley, cuando no proceda la suspensión a que se refiere el artículo ochenta y siete, inciso a) de la presente ley, se impondrá a los administradores, gerentes y representantes legales de los mismos que no hubiesen salvado su responsabilidad legal, una multa de mil (1 000) a cinco mil (5 000) unidades.

TITULO XI
DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES
CAPITULO UNICO

Artículo 99. Transferencias presupuestarias. El Organismo Ejecutivo queda autorizado para efectuar las transferencias presupuestarias que se requieran para sufragar los gastos que se deriven del funcionamiento del Registro.

Artículo 100. Bolsas existentes. Las bolsas autorizadas para operar en el país a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, podrán seguir operando y serán inscritas como bolsas de comercio en el Registro. Dichas bolsas deberán presentar al registro una copia autenticada del acuerdo del Ministerio de Economía, por el que se produjo su autorización y con base en la misma y sin más trámite, el registrador procederá a asentar la correspondiente inscripción.

Las bolsas existentes deberán ajustar su estructura a las disposiciones de la presente ley dentro de un plazo máximo de seis meses, contados a partir de la fecha en que inicie sus funciones el Registro, bajo el entendido de que si así no lo hicieren, su autorización para operar será cancelada.

Artículo 101. Agentes. Los agentes que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley realicen actividades de intermediación bursátil o extrabursátil, deberán inscribirse en el Registro dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que el Registro inicie sus funciones.

Artículo 102. Ofertas públicas. Las ofertas públicas de valores que a la fecha de entrada en vigencia

c esta ley hayan sido admitidas a cotización en cualiiera de las bolsas autorizadas para operar en el ís, podrán seguir cotizándose o negociándose en l mismas, sin cumplir con el requisito de inscripón en el Registro, hasta la total extinción de dichas ertas. La modificación de cualquiera de los eleentos de estas ofertas obliga al emisor a adaptarlas as disposiciones de esta ley.

Artículo 103. Aprobación del presupuesto. El Prepuesto de Ingresos y Egresos del Registro será cluido en el Presupuesto del Ministerio de Econoía, integrado al del Registro Mercantil, con la dotaón necesaria de recursos para el eficaz cumplimien de sus funciones.

Artículo 104. Exención del Impuesto de Timbres scales y de Papel Sellado Especial para Protocolos. s documentos que contengan, amparen o repreenten valores, mercancías o contratos a que se fiere la presente ley, están exentos del Impuesto de mbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para otocolos.

La exención del Impuesto al Valor Agregado, tablecida en el Artículo 7, Numeral 7 del Decreto -92 del Congreso de la República, reformado por Artículo 4 del Decreto 60-94 del Congreso de la pública, se aplicara a partir de que la presente ley tre en vigencia, a los títulos de crédito y otras obliciones emitidas por sociedades mercantiles que se gocien en una bolsa de valores que sea autorizada conformidad con lo dispuesto por el artículo intitrés de esta ley, o que funcione con acuerdo a dispuesto por el artículo cien de la misma.

Artículo 105. Derogatoria específica. Se deroga el Artículo 302 del Código de Comercio de Guatemala.

Artículo 106. Régimen de supervisión tributaria. A partir de que la presente ley entre en vigencia, tanto las bolsas como los agentes quedarán sujetos a la fiscalización de la Dirección General de Rentas Internas en materia de sus obligaciones tributarias.

Artículo 107. Vigencia. La presente ley entrará en vigencia seis meses después de su publicación en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCION, PROMULGACION Y PUBLICACION.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS VEINTIDOS DIAS DEL MES DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS.

CARLOS ALBERTO GARCIA REGAS (PRESIDENTE). FROYLAN VILLATORO (SECRETARIO). EFRAIN OLIVA MURALLES (SECRETARIO).

PALACIO NACIONAL. Guatemala, diecinueve de junio de mil novecientos noventa y seis.

PUBLIQUESE Y CUMPLASE.
ARZU IRIGOYEN. JUAN MAURICIO WURMSER (MINISTRO DE ECONOMIA).

Indice

Indice

A

Accidentes automovilísticos 65
Acción penal 31, 32, 33, 41, 44, 45, 46
Acciones 22, 23, 26, 27
Accionistas 22, 23, 24, 26, 27
Acreedores 23, 27
Acta de Derechos Civiles 67
Activos 22, 23, 25, 26, 27
Africa 84
Aguilar Salgueros, Juan Luis
 tesis 18
Alemania 82, 83
Altruismo 85
Americas Watch 133
Amortización contingente 25
Amparo 55
Antecedentes penales 73
Aperos 17
Apertura de crédito 28
Apertura democrática 119
Apreciación moral 137, 138
Arrow, Black Kenneth 79, 80
Arzobispado
 Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado 133
Asesinato 133
Association Henry Capitant des Amis de la Culture Juridique Française 14
Ayau, Manuel 133

B

Banco de Guatemala 11
Baratta 42
Barras bravas 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106
Barrios, Justo Rufino 119
Basquetbol 104, 105
Beccaria, Cesare 47, 48
Becker, Gary S. 47, 48
Bellock, Hillary 77, 85, 86
Benson, Bruce L. 47, 48
Bien común 140, 141
Black, Duncan 79
Boettke, Peter J. 82, 84, 85
Bolsa de Valores 7
Bolsas de Comercio 12, 13
Bonfanti, Mario A. 28, 30
Borda, Guillermo 57
Box 104
Brañas, Alfonso 18
Broseta Pont, Manuel 29, 30
Buchanan, James 97
Buchanan, James M. 77, 79, 80, 81, 89
Burdeau, George 20
Burrow, J.W. 86
Bustamante Alsina, Jorge 53

C

Cabanellas, Guillermo 120, 121
 tráfico de influencias 120
Calabresi, Guido 65
Calero, Antonio María 120, 121
Calumnia 52, 56
Carrera, Rafael 119
Carroll, Louis 79
Carta Fundamental 135
 véase también Constitución Política
Carvallo, José Luis 77, 78
Casación Italiana 28, 29
Castorena, Jesús 140
Cavazos Flores, Baltasar 140
Cédulas hipotecarias 23
Certificados
 de cumplimiento 24
 fiduciarios 23
Chile 101, 102
Cicerón 44
Ciencia Jurídica 135, 136
Clase Patronal 140
Cláusulas
 contractuales de crédito 22
 de aceleración 22
 negativas 23, 25
 positivas 23, 24, 25, 26
 salvo buen fin 29, 30
Clinton, William Jefferson 67
Coase, Ronald 65
Cocaína 34
Código Civil 7, 55, 56, 58, 59
 artículo 1230 15
 artículo 1286 18
 artículo 791 19
 artículo 830 15
 artículo 834 15
Código Civil de Argentina 18
Código Civil Mexicano 54, 58
Código de Comercio 7, 12
 artículo 731 28, 30
 reforma 28, 30
Código de Napoleón 19
Código Libanés 58
Código Penal 52, 55, 56, 133
 tráfico de influencias 120
 y pena de muerte 133, 134
Código Procesal Penal 69, 70, 73
Coerción física 35
Colectivización 83
Colomer, Juan Luis 70
Colonia
 encomienda 119
 esclavos 119
 repartimiento 119
Common law 31, 36
Compadrazgo 119, 120
Comuneros 16
Comunismo
 colectivización 83
 new economic policy 83
 sistema de planificación 83
Condorcet, Marie Jean 79
Congreso de la República 11
Conquest, Robert 84
Constitución Política 121
 artículo 5 18
Constructivismo 64, 66
Contrato
 de descuento 28, 29, 30
 de participación 25
Convención Americana sobre Derechos Humanos 56, 132
Cooperación 114
Cooperación social 139
Corte de Constitucionalidad 59
Corte Interamericana sobre Derechos Humanos 133
Costumbres 114
Cratilo 114
Crédito 14, 15, 17, 22, 23, 24, 25, 26, 27
Créditos en libros 28, 29, 30
Crimen organizado 120
Criminalidad 41, 47
Cristianismo 94, 95
Cuba 95
Cueva, Mario de la 140

D

Daño moral 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59
De Buen, Néstor 139, 141
Debate 70, 71, 72
 cesura 69, 71
Democracia 77, 78, 79, 80, 81, 86, 92
Derecho 137
 adjetivo 70
 anglosajón 34, 36, 45
 civil 52
 comercial 11, 28, 29
 de gentes 35, 36
 natural 36
 objetividad 135, 136
 penal 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 51
 positivo 66, 135, 136, 137, 138
 público 31, 33, 36, 37
 romano 19, 44, 58
 sustantivo 70
 teoría pura 137
Derechos de propiedad 98, 99, 102, 104, 105, 106
Derechos fundamentales 78,

79, 90, 92
Derechos Humanos 51, 54, 55, 56, 132, 133, 134, 140
Deuda privilegiada 23
Deudores 23, 24
Díaz, Elías 79
Dietze, Gottfried 77, 81
Difamación 52, 56
Diputados 81, 89
Dirección General de Rentas Internas 13
Discrecionalidad 137
Dividendos 22, 23, 27
Dodgson, C.L. 79

E
Economía
desarrollo neoclásico 82
Edificios
hipotecados 15
Edipo 98
Electra 98
Empresarios
derechos 140, 141
Encomienda 119
Endoso de letras 29
Escándalo 57
Esclavitud 95
Esclavos 119
Estado
benefactor 77, 82, 88, 93, 96
de Derecho 77, 81, 82, 83, 88, 93, 95
poder represivo 31, 34
policía 82
servil 82, 85, 86
Estado de derecho 141
Estados financieros 24, 26
Estados Unidos 105
Congreso 80, 81, 85, 89
ley de seguridad nacional 85
new deal 85
Estafa 33, 36, 42
Estatización 33, 41, 45
Estrada Cabrera, Manuel 119
Estupro 52
Etica 94, 97
Evangelio 94
Evolución humana 32
Exhibición Personal 55

F
Falwell, Jerry 67
Familia 94, 95, 97
Fascismo 83
FENASTEG 133
Ferrajoli, Luigi 39, 42, 48
Feuerbach 35, 48
Fideicomiso 19, 25
FIFA 105, 106
Filósofos 115
del Drecho 67
Fincas
hipotecadas 15
Fiscales 45, 47
Fiscalía 70, 71
Flynt, Larry 67
Fondo de amortización 25
Foucault 42
Frazer 32
Freud, Sigmund 32
Fútbol
FIFA 105, 106
violencia 98, 102, 103, 104, 105, 106

G
Galton, Francis 79
GAM
véase Grupo de Apoyo Mutuo
Garantías constitucionales
penales 69, 70, 73
Gersi, Enrique 77
Glassnot 84
Gorbachov, Mijail 84
Goulden, Joseph C. 119, 121
Gran Bretaña 83, 103
Gran depresión 83
Grecia 94
Grossman, Vassily 84
Grupo de Apoyo Mutuo 133

H
Hallet, George H. 79
Hassemer, Winfried 40, 41, 45, 48
Hayek, Friedrich 19
arrogancia 96
common law 31
concepto de justicia 90, 91
estado de derecho 81, 82, 93
orden espontáneo 64
valor ideas 114
Hipoteca
cédulas hipotecarias 14, 16, 23
prenda 14, 15, 16
subhipoteca 14, 16
Hitler, Adolf 82, 84
Hockey 104, 105
Homicidio 38
Hooligans
véase también barras bravas
Hulsman 42
Humboldt, Wilhem von 77, 86, 87, 88
Hurto 33, 42, 44, 46

I
Ideología 82
Illinois
Corte Suprema 63
Impuesto sobre la renta 86
Impunidad 43, 47
Indemnización 15, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59
India 84
Industrialización 83
Inglaterra
guerra civil 95
Injuria 44, 52, 56
Italia 83

J
Jefferson, Thomas 97
Jhering, Rudolph von 90
Jiménez de Asúa 32
Juárez Paz, Rigoberto 93
Juárez, Benito 141
Judaísmo 95
Juez 135, 136
Juicio penal 69, 70, 71, 72, 73
véase debate

K
Kant, Enmanuel 95
estado de derecho 82
Kelsen, Hans 54, 90, 135, 137
Keynes, John Maynard 83
Knight, Frank 82
Koestler, Arthur 84
Krausse, Michael 77

L
Lange, Oskar 82
LaPlace 79
Latinoamérica 78, 84
Leasings 24
Lenin, Vladimir 83
Lévy-Bruhl 32
Leyes
Bancos 7
contractual 63, 66
de la tierra 36
Desconcentración de Divisas 7
Electoral y de Partidos Políticos 120
Mercado de Valores y Mercancías 7, 11, 13
mosaica 32
occidentales 65
Orgánica del Banco de Guatemala 7
Organismo Judicial 18, 19, 54, 55
Sobre la Libre Contratación de Intereses 7
Sociedades Financieras 7
Talión 32, 42
Liberalismo 83
Libertad 18, 20, 21, 35, 36, 39, 40, 42, 43, 44, 48, 79, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 114, 115
de acción 57
sindical 139, 140
Linares Beltranena, Fernando 132, 134
Locke, John 95
Log rolling 80, 92
López Larrave, Mario 139, 14
Lord Acton 95
Lucas García, Romeo 119

M
Magnicidio 133
Malinowski 32
Mano de obra 140
Máquinas 17
Marginalismo 82
Marihuana 34
Maurach, Reinhart 36, 48
Máximas latinas 44
Mazeud, Henry 53, 57
Mazeud, León 53, 57
Melich Orsini, José 53, 54
Mercado de Valores 16
Ministerio de Economía 11, 1
Ministerio de Gobernación 6
Ministerio de la Defensa 69
Ministerio Público 69, 73
Minoridad 57
Mommsen 44
Montaigne 95
Moral 114, 115, 135, 136, 137, 138

N
Nacional Socialismo 83
Nanson, E.J. 79
Nepotismo 119, 120
New Deal 85
New economic policy 83
Nisbet, Robert 85, 86
Nocens, nisi accusatus fueri, condemnari non potest 44
Norma 135, 136
Numerus apertus 14, 17, 18, 21
Numerus clausus 14, 17, 18,

O
Obligación moral 94, 95
Oficina de Derechos Human del Arzobispado 133

P
Pacto de San José 133
véase Convención America sobre Derechos Humano
Pactos colectivos 141
Pago de dividendos 23, 27
Pareto

timo 105
icidio 133
imonio 15, 50, 51, 53, 57, 59
rini 42
Pe
damento 31, 33, 35, 37, 38, 1
Pe de muerte 132, 133
Pio 132, 133
Pión 114
Pes 95
Pky, Andrew J. 77, 84, 85
Pitivismo 82
Pter, P.T. 83
Pmio Nobel de Economía 7 81, 90
Pidas
peciales 14, 17
Pmera Guerra Mundial 84
Pcipio de legalidad 31, 34, 3 36
Pión 31, 32, 33, 41, 42, 43, 44, 4 47
Pceso penal 69, 70, 72, 74
Psólogos 98
Pg Peña, Federico 19

Q
Qzada Toruño, Rodolfo 133
Qñones Donis, Brenda Anabla 69, 71, 74

R
Rstro de la Propiedad 14
Registro del Mercado de Valores y Mercancías 12
Repartimientos 119
Reputación 54, 57
Resocialización 38, 48, 73
Responsabilidad
aquiliana 50, 51, 56, 59
civil extracontractual 98, 99
contractual 50, 51, 57, 58, 59
extracontractual 50, 51, 56, 57, 58, 59
penal-administrativa 99, 102, 104
Responsabilidad moral 65, 66, 67
Revolución
bolchevique 82, 83
francesa 79
keynesiana 82, 83
Revolución Francesa 115
Reyna Barrios, José María 119
Ricord, Humberto 140
Ripert, Georges 29
Rivet 114
Robertson, D.H. 96
Robo 33, 38, 42, 44, 46
automotores 38
Rodríguez, Joaquín 28, 30
Roma 94
Rybhakob, Anatoly 84

S
Sanción penal 33, 47, 73
Schumpeter, Joseph 82
Secuestros 132, 133, 134
Segunda Guerra Mundial 77, 83, 84
Seguro
adquisición 24
mutual 98, 99, 100
Sermón del Monte 94
Servidumbres 15, 19
Simpson, O.J. 45
Sindicalismo
dictadura 140
pacto colectivo 140
reivindicación económica 141
Sociedades mercantiles 25
Sociólogos 98
Soler, Sebastián 32, 48
Solidaridad 114
Solzhenitsyng 84
Stalin, José 84
Stuart Mill, John 86, 90
Sussex 86

T
Teoría de los beneficios 80
Teoría de los intereses difusos 34, 46
Teoría Pura del Derecho 135, 136, 137
Terán Lomas 32
Tercer Mundo 83, 84
Trabajadores
Bien común 140, 141
Tráfico de influencias 119, 120, 121
Tribu 95
Tribunal Supremo Electoral 81
Tullock, Gordon 77, 79, 80, 81, 84, 89, 97
Tunc, André 53, 57

U
Ubico Castañeda, Jorge 119
Unión Soviética 83, 84

V
Valores 94, 95
Vásquez del Mercado, Oscar 28, 29, 30
Vélez Mariconde, Alfredo 71, 74
Venganza 31, 32, 33, 41, 44, 45
Victimología 40
Villegas, Carlos Gilberto 29, 30
Violación 50, 52, 57
calificada 133
Voleibol 104
Von Liszt 38, 49
Von Mises, Ludwig 89

W
Webb, Beatriz 86
Webb, Sidney 86
Whigs 95

X
XIX Congreso Internacional del Notariado Latino 18

Z
Zannoni, Eduardo A. 50

Se terminó de imprimir en los talleres
de *Editorial Amigos del País*, el 10 de
octubre de 1996. El tiraje fue de
750 ejemplares.

UFM-BIBLIO
091992